Kann der Miteigentümer eine Servitut an der gemeinsamen Sache haben?

INAUGURAL-DISSERTATION

auf Grund deren der Verfasser

MAXIMILIAN GERCKE

nach vorangegangener mündlicher Prüfung

unter Zustimmung der juristischen Facultät

der

KGL. BAYERISCH. FRIEDRICH ALEXANDERS-UNIVERSITÄT

zu

ERLANGEN

zum

DOCTOR BEIDER RECHTE

am

21. September 1896 promoviert worden ist.

BERLIN.
Buchdruckerei von A. Winser, Berlin SW.
Wilhelm-Strasse 119/120.

1896

Seinen lieben Eltern

als Zeichen

dankbarer Verehrung

zugeeignet

vom Verfasser.

Kann der Miteigentümer eine Servitut an der gemeinsamen Sache haben?

Disposition.

Einleitung.

Thatsächliche Möglichkeiten des Erwerbs einer Servitut an der gemeinsamen Sache durch den Miteigentümer.

§ 1. Begriff und Natur des Miteigentums. Die Ausübung der im Miteigentum liegenden Befugnisse und Verhältnisse der Miteigentümer bei demselben Klagerechte der Miteigentümer gegen einander und dritter gegen die Miteigentümer.

§ 2. Das Verhältnis der Miteigentümer in Bezug auf ihre Miteigentumsrechte und das Wesen des Miteigentumsanteils.

Die Geteiltheit des Miteigentums entweder nach geteiltem Eigentumsrecht oder nach Quoten bei ungeteiltem Eigentumsrecht.

Begründung der Ansicht, dass beim Miteigentum das Eigentumsrecht ungeteilt ist.

§ 3. Begriff und Wesen der Servitut.

§ 4. Erwerb der Servitut durch den Miteigentümer an der gemeinschaftlichen Sache.

Ansichten der Rechtslehrer hierüber.

Die verschiedenen Combinationen.

Die Rechtsquellen und Entscheidungen derselben, wenn das Miteigentum älter ist als die Servitut.

Erläuterung der l. 26 D. de serv. praed. urb. 8,2,
der l. 6 § 3 D. comm. praed. 8,4.

§ 5. Die Rechtsquellen und Entscheidungen derselben, wenn die Servitut älter ist als das Miteigentum. Erläuterung der l. 30 § 1 D. de serv. praed. rust. 8,2,
der l. 8 § 1 D. de serv. 8,1,
der l. 34 pr. D. de serv. praed. rust. 8,3,
der l. 27 D. de serv. praed. rust. 8,3.
Gegenüberstellung der Quellenstellen.

§ 6. Kann der Miteigentümer an der gemeinsamen Sache eine Personalservitut erwerben?

Erwerb eines usus an der gemeinschaftlichen Sache.

Erwerb eines ususfructus an der gemeinschaftlichen Sache.

Die Teilbarkeit des ususfructus.

Bejahung der Themafrage in Bezug auf den Niessbrauch.

§ 7. Schluss. Das bürgerliche Gesetzbuch im Verhältnis zum Thema.

Einleitung.

Die Beantwortung unserer Frage hängt teils von der rechtlichen Natur des Miteigentums und der Rechtsstellung des einzelnen Miteigentümers zu seinem Partner wie zu Dritten ab, teils sind Wesen und Wirkungen der Servitut hierfür entscheidend.

Betrachtet man die Verhältnisse ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Möglichkeit, so kann ein Erwerb der Servitut eines Miteigentümers an der gemeinsamen Sache auf mehrfache Weise gedacht werden.

Es liesse sich das Rechtsverhältnis in der Art construieren, dass der Miteigentümer ein Grundstück zu Alleineigentum besitzt, welchem als dem herrschenden eine Servitut zustände, entweder

a) auf dem zu Miteigentum vom Miteigentümer und seinem Genossen besessenen Grundstück, letzteres

als ganzes und als Gegenstand eines ungeteilten Eigentums betrachtet,

oder

b) die Realservitut des Miteigentümers als ruhend auf dem ideellen Miteigentumsrecht seines condominus

oder

c) auf diesem Miteigentumsanteil und zugleich auf dem Miteigentumsanteil des Servitutberechtigten.

Es könnte aber auch, ohne dass ein drittes Grundstück als herrschendes erfordert würde, der Miteigentumsanteil des einen Miteigentümers als fundus dominans gedacht werden und zwar entweder

a) gegenüber dem Miteigentumsanteil des anderen Miteigentümers, diesen als fundus serviens betrachtet,

oder

b) gegenüber dem ganzen Miteigentumsgrundstück, dies als Object eines ungeteilten Eigentums angesehen.

Erwägt man die Möglichkeit des Erwerbs einer Personalservitut des einen Miteigentümers an der gemeinsamen Sache, so könnte man folgende Constructionen vornehmen.

a) der eine Miteigentümer hat eine Personalservitut z. B. einen Ususfructus an dem ganzen Grundstück, letzteres ungeteilt gedacht, oder er hat einen Ususfructus

b) lediglich am Miteigentumsanteil seines Partners, oder er hat die Servitut

c) an beiden Miteigentumsanteilen, so dass er also an seinem eigenen Miteigentumsanteile nicht nur das jus condominii, sondern auch noch das jus utendi fruendi besässe.

§ 1.

Das Totaleigentum ist das Recht genereller Herrschaft über eine körperliche Sache. Von diesem Total- oder Alleineigentum ist das Miteigentum begrifflich nicht unterschieden; denn auch letzteres umfasst die generelle Herrschaft über die Sache.[1]) Jeder Miteigentümer hat ein sowohl gegen seinen Genossen wie gegen jeden Dritten gerichtetes selbständiges, dingliches Recht, welches alle Befugnisse umfasst, wie sie im Alleineigentum enthalten sind. Nur die Ausübung dieser Befugnisse ist meist an die Zustimmung des Miteigentümers geknüpft, nämlich überall da, wo die alleinige Ausübung seitens des einen Miteigentümers das gleiche Miteigentumsrecht des Genossen und dessen Ausübung beeinträchtigen würde.[2])

Jeder Miteigentümer hat die selbständige Befugnis über sein Anteilsrecht zu disponieren, namentlich durch Veräusserung, Teilung des Miteigentumsrechtes und Cession seiner Miteigentumsansprüche.[3])

So kann er seinen Anteil verkaufen, verschenken und mit jura in re belasten; z. B. Pfand oder Niessbrauch. Er kann seinen Anteil vererben, legieren, derelinquieren.

Nur über die ganze Sache derartige Verfügungen zu treffen, ist dem Miteigentümer benommen; denn damit würde er in das gleiche Mitrecht seines Partners

---

[1]) Dernburg Pandekten I § 195 S. 462 Berlin 1894.

[2]) Urteil des obersten Gerichtshofes zu Wien am 29. November 1887 in Seufferts Archiv. N. F. XIII S. 261.

[3]) Wie aber der Cessionar als Quasivertreter des cedierenden Miteigentümers die Leistung des verurteilten anderen Eigentümers in Empfang nimmt, so muss der Cessionar auch die Lasten und Verbindlichkeiten erfüllen, die sein Cedent hinsichtlich seines Miteigentumsanteils zu erfüllen hatte. Urteil des Reichsgerichts III. Civilsenat v. 9. Dez. 1890 in Seufferts Archiv N. F. XXVI S. 395 f.

eingreifen und aufhören, Miteigentum auszuüben, um Alleineigentum für sich in Anspruch zu nehmen.

Der fructus (sine usu) oder Fruchtgenuss gebührt jedem Miteigentümer als eine selbständige Individualbefugnis. Die fructus pendentes besitzt der Miteigentümer als partes fundi nicht anders wie seinen Miteigentumsanteil. Durch Separation fallen dieselben aber sofort zur Hälfte in das Eigentum des condominus.

Verschieden von dem Fruchtgenuss ist die Art und Weise, wie und wann die Früchte gezogen werden sollen, d. h. die Art der Fruchtnutzung.

Die Befugnis, letztere zu bestimmen, steht keinem der condomini für sich allein zu. Beide müssen sich, wenn nicht etwa die Natur des fruchttragenden Grundstücks hierüber selbst die Entscheidung trifft, durch Convention hierüber einigen. Herrscht Streit, so entscheidet auf actio communi dividundo der Richter über diese von einem condominus dem anderen geschuldete praestatio personalis.

Dasselbe gilt vom Gebrauch, dem usus sine fructu des Gemeinschaftsgrundstücks. Der Gebrauch ist unteilbar und von der Person des Gebrauchenden nicht ablöslich. Manche Arten des Gebrauchs lassen sich gleichzeitig von beiden Miteigentümern ausüben; z. B. ambulari in einem Park, Benutzung eines Weges.

Hier übt jeder Miteigentümer den Gebrauch ganz aus und sein Genosse hat nur die Pflicht, ihn hierbei nicht zu stören. Bei anderen Gebrauchsarten schliesst der Gebrauch des einen den gleichzeitigen des anderen aus, z. B. wenn es sich um eine Bleiche oder eine Waschküche des Gemeinschaftshauses handelt. Hier ist durch Conventiou der Gebrauch und sein Mass für jeden Miteigentümer zu regeln, eventuell ist richterliche Entscheidung einzuholen.

Dasselbe gilt von einer Gebrauchsveränderung.[1])

Das Prinzip für die Ausübung des einen Genossen ist also folgendes: derselbe übt sein Miteigentum nach eigener Entschliessung überall da aus, wo seine Ausübungshandlung die Ausübung des Miteigentums seines Genossen nicht berührt,[2]) in Mitleidenschaft zieht oder gar beeinträchtigt.

Insoweit geschieht die Ausübung des Miteigentumsrechts gerade so wie die Ausübung des Totaleigentums.

Sobald jedoch der Miteigentümer durch die Ausübung seines Miteigentums diejenige des äqualen Miteigentumsrechts seines Genossen schmälert oder unmöglich macht, so ist diese Handlung nicht mehr eine Ausübung des eigenen, sondern eine Beeinträchtigung fremden Miteigentumsrechts.

In diesem Falle schafft die actio communi dividundo für den Verletzten Ausgleichung.[3])

---

[1]) Uebrigens gilt noch der Grundsatz, dass jeder Miteigentümer die gemeinschaftliche Sache auch gegen den Willen des anderen Teilhabers insoweit gebrauchen darf, als dieser Gebrauch der Bestimmung und dem Zweck der Sache entspricht und dem anderen Miteigentümer nicht schädlich ist. Urteil des O.-L.-G. Stuttgart II. Sen. v. 8. Dez. 1881 in Seufferts Archiv N. F. VIII S. 275.

[2]) Die bewegliche Miteigentumssache kann wegen der Schuld des einen condonimus der Mobiliarpfändung nicht unterworfen werden. Der andere Miteigentümer hat ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung und den Zwangsverkauf. Gepfändet werden kann nur in den dafür gesetzten Formen der Forderungspfändung der Teilungsanspruch des zu pfändenden condominus; denn es handelt sich bei der Pfändung des ideellen Anteils um eine Forderungs- — nicht aber um eine Mobiliarpfändung. — § 712 ff. C. P. O. Urteil des O.-L.-G. Kiel I. Sen. vom 4. Dez. 1882 in Seufferts Archiv N. F. IX S. 111, Urteil des O.-L.-R. Hamburg II. Civilsen. vom 7. April 1894, ebendas. XIX, S. 480 f.

[3]) Ueber die Zuständigkeit anderer Klagen unter den Miteigentümern vergl. Schneider. Ueber den Einfluss der communio auf Klageberechtigungen der einzelnen Teilhaber gegen einander in

Der animus domini der beiden Miteigentümer ist kein einheitlicher, sondern ein doppelter.

Bezüglich der Substanz seines Miteigentumanteils und der den condominus nicht berührenden Ausübung des Miteigentums hat jeder condominus seinen Eigentumswillen ungeteilt.

Sobald aber ein condominus durch eine Ausübungshandlung in das gleiche Recht seines Genossen eingreifen würde, bedarf es zu dieser Handlung der Zustimmung seines Genossen[1]), und erst, wenn diese erfolgt ist, ist der erforderliche einheitliche Eigentumswille[2]) für die Ausübung des Miteigentums hergestellt.

Diese Zustimmung kann aber auch zu präsumieren sein.

Dies findet namentlich statt bei Massnahmen zur Erhaltung des Miteigentumsgrundstücks.[3]) Notwendige

---

Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rechts I S. 391 ff. Braunschweig 1841.

[1]) Steinlechner a. a. O. S. 179 ff.

[2]) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien VI. Abt. I. S. 20 Greifswald 1837. Der Miteigentümer hat eine Herrschaft über die ganze gemeinschaftliche Sache, allein er hat nicht die ganze ausschliessliche Herrschaft. Hesse im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft IV N. F. § 7 S. 129 Darmstadt u. Leipzig 1867. Förster-Eccius Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts (5. Aufl. Berlin 1887) III § 182 S. 299: „Jeder hat das gleiche Recht auf die Sache und eben darum nur einen Anteil an dieser, weil das gleiche Recht des anderen entgegensteht.

[3]) In Ansehung des Genusses einer gemeinschaftlichen Sache muss zwischen Gebrauchen und Verändern unterschieden werden. Während dort das Prinzip gilt, dass jeder Miteigentümer die Sache gebrauchen darf, jedoch nicht in einer Weise, dass der Miteigentümer sie nicht auch in gleicher Weise gebrauchen könnte, ist in Bezug auf Veränderungen der Sache der Satz aufzustellen, dass solche nur mit Einwilligung sämtlicher Miteigentümer vorgenommen werden dürfen. L. 28 D. commun. divid. 10, 3 Urteil des O. L. G. Jena I. Sen. v. 23. Oct. 1884 und Seufferts Archiv N. F. XI S. 7.

Reparaturen vorzunehmen ist jeder Miteigentümer auch ohne die Einholung der Genehmigung seines Genossen befugt, welcher letztere die erforderlichen Auslagen seinem Anteile entsprechend zu erstatten hat.

Die petitorischen und possessorischen Klagen hat jeder Miteigentümer in solidum gegen Dritte.[1])

Dasselbe findet statt im Verhältnis der Miteigentümer unter einander.

Jeder Miteigentümer kann seinen Miteigentumsanteil und die aus ihm fliessenden Befugnisse mit petitorischen[2]) und possessorischen Klagen gegen seinen Genossen verfolgen.[3])

---

[1]) Wenn der eine Miteigentümer die actio confessoria wegen der dem gemeinsamen Grundstück zuständigen Aktivservitut anstellt, so kommt ein von ihm erstrittenes günstiges Urteil auch seinem Genossen zu gute. l. 4 § 3 u. 4 D. si serv. vind. 8,5. — Dagegen wirkt das gegen den einen condominus als Negatorienbeklagten ergangene Urteil nicht von selbst gegen den andern nicht mitbeklagten condominus. — Glück, ausführliche Erläuterungen der Pandekten X. S. 236. Erlangen 1808. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I. S. 517 Göttingen 1838. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts I D. 132 S. 382 Anm. 5 u. 6. 7. Aufl. Frankfurt 1891. Urteil des O. L. G. Braunschweig, I. Sen. v. 18. 3. 1881 in Seuff. Arch N. F. VI, S. 404 f.

[2]) Streitig ist, ob die negatoria unter Miteigentümern statthaft sei. Diese Frage ist gemäss l. 11 D. si servit. vindicetur 8,5 im Gegensatz zu den Entscheidungen in l. 26 D. de servit praed. urb. 8,2 u. l. 4 D. de servit. legat. 33,3 zu bejahen. Vgl. auch Urteil des O. L. G. Jena, I. Sen. vom 23. 10. 1884. in Seuff. Arch. N. F. XI S. 8. — Uebrigens ist zu beachten, dass nicht jeder Eingriff des Partners in das Miteigentumsrecht seines Genossen auch gerade geeignet ist, die negatoria zu begründen. Bebaut z. B der eine condominus einseitig das Miteigentumsgrundstück, so wird das Jnädificat gemeinsam, und deshalb ist die negatoria ausgeschlossen. Schneider a. a. O. S. 409 f. Ebenso hat der eine Miteigentümer gegen den anderen das interdictum uti possidetis.

[3]) Siehe Note Seite 13.

Was die Haftung der Miteigentümer als Beklagte anlangt, so ist jeder derselben hinsichtlich des erhobenen Anspruchs des Dritten, wenn er unteilbar ist, in solidum verpflichtet.

Wird also das Miteigentumsgrundstück von einem Dritten vindiciert, so hat der beklagte Miteigentümer dasselbe ganz herauszugeben; die Restitution ist nicht teilbar.

Eine cautio damni infecti braucht von jedem Miteigentümer nur pro parte versprochen zu werden; denn dieser Anspruch ist teilbar.

Urteil des obersten Landesgerichtshofes für Baiern vom 25. 6. 1890 in Seuff. Arch. N. F. XVI, S. 133, desgl. die Vindication auf seinen ihm vom allein besitzenden Genossen vorenthaltenen Miteigentumsanteil. l. 3 § 2 D. de rei vind 6. 1. Schneider a. a. O. S. 398.

[3]) Zulässigkeit des interdictum quod vi aut clam l 13 § 3 D. quod vi aut clam 43,24. Unzulässigkeit der cautio damni infecti wegen Fehlerhaftigkeit des gemeinsamen Gebäudes l. 32 D. de damno infecto 39,2; denn dem Kläger kann entgegen gehalten werden, dass er die erforderliche Reparatur bei Ersatz des Kostenanteils seitens des Beklagten hätte selbst vornehmen können. — Vom Dritten kann jeder Miteigentümer nur für sein Interesse cautio damni infecti fordern l. 27 D. de damno infecto 39,2. Dagegen ist die Forderung einer cautio damni infecti begründet, wenn ein vitium eines Sondergrundstücks des einen Miteigentümers dem Gemeinschaftsgrundstück Gefahr bringt. Hier kann der andere Eigentümer gegen seinen Mitgenossen klagen. Schäffer, Beiträge zur Lehre vom Nachbarrecht im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft, II, S. 281 f. Marburg und Leipzig 1857. — Zulässigkeit der actio aquae pluviae arcendae seitens des einen ein Sondergrundstück besitzenden Miteigentümers gegen den Genossen des Gemeinschaftsgrundstücks, vgl. Schneider a. a. O. S. 431 f. Die Klage geht hier auf die Condemnationssumme zur Hälfte. Natürlich muss der beklagte Genosse einseitig das Regenwasser durch ein opus manu factum dem Sondergrundstück zugeleitet haben.

§ 2.

Für die Beantwortung des Themas ist es von Wichtigkeit, die Frage zu lösen, wie die Geteiltheit des Miteigentums unter den condomini zu denken ist.

Der grundlegende Ausspruch der Rechtsquellen findet sich in l. 5 § 15. D. commodati vel contra 13, 6. duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Der Eingang dieser Stelle besagt, dass an einer Sache von Zweien nicht ein Jeder Miteigentum haben könne. Dies ist einleuchtend; denn wenn der Eine die generelle Herrschaft über die Sache besitzt, so ist damit die Herrschaft gänzlich konsumiert. Würde ein Anderer daneben ebenfalls die generelle Herrschaft besitzen, so würde dadurch die dem Ersten zustehende generelle Herrschaft eine Negation erfahren.

Es gilt als Kriterium der Ausschliesslichkeit des Total- oder Volleigentums, dass derselbe Gegenstand[1]) nicht im Volleigentum Mehrerer stehen kann.

Im weiteren Verlaufe des Textes wird, nachdem zuvor ein dominium duorum in solidum abgelehnt worden, ein dominium corporis pro indiviso anerkannt, d. h. ein Miteigentum, welches ein dominium pro parte ist.

Es fragt sich nun, was ist beim Miteigentum geteilt, oder wie ist dies geteilt?

Der Ausdruck pro diviso ist von einer realen oder physischen Teilbarkeit zu verstehen, während pro indiviso eine durch Abstraktion zu Wege gebrachte, also ideale, juristische, unkörperliche Teilung bedeutet. Diese durch eine Denkoperation vollzogene Teilung hat

---

[1]) Wächter Pandekten II, S. 22. (1881), Dernburg Pandekten I § 195 S. 462.

keinen physischen Gegenstand, und die gemachten Teile entziehen sich deshalb der sinnlichen Perception.

Warnkönig[1]) und Buchholz[2]) haben die Möglichkeit dieser idealen und intellectuellen Teilbarkeit geleugnet, indem sie auf die Teilbarkeit jedes corpus hinwiesen, es sei deshalb unmöglich, die Sachen in physisch teilbare und unteilbare zu kategorisieren.

Allein es ist nicht richtig, dass jedes corpus physisch teilbar sei,[3]) man müsse denn kein Gewicht darauf legen,

---

[1]) Warnkönig in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. Jahrg. 1838. S. 67 ff.

[2]) Buchholz. Versuch über verschiedene Rechtsmaterien. S. 48 Lübeck 1808.

[3]) Ausnahmsweise kann eine Sache, die zu den ihrer Natur nach unteilbaren zählt, auch physisch geteilt werden. So bei Teilung eines gemeinschaftlichen Gebäudes, wie in dem von Zimmermann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. VIII, S. 206 (Darmstadt und Leipzig 1871) mitgeteilten Rechtsfalle, in welchem es sich um die physische Teilung eines Gebäudes des durch eine vertikal durch dasselbe gelegte Wand handelte, welche zwei verschiedene, von jedem der Gemeinschafter benutzte Räume schuf. Es wurde erkannt, dass Gebäude teilbar seien durch Mauern und Scheidewände, vorausgesetzt, dass die notwendige Bestimmung der abgeteilten Teile durch diese reelle Teilung nicht aufgehoben würde. Einzelne Teile des Gebäudes, z. B. Treppen, Hausflure, Rauchfänge, Thore, Hofräume könnten dabei ungeteilt bleiben und bezüglich ihrer das condominium fortdauern. Die Horizontalteilung eines Hauses nach Stockwerken ist ungeeignet und unbequem, sie lässt zu viel ungeteilte Hausbestandteile übrig, und es kann deshalb diese Art der Teilung nicht verlangt werden. Vgl. Urteil des O. L. G. Stuttgart I. Sen. v. 24. 1. 1890 in Seuff. Arch. N. F. XVIII, S. 158 f. — Nach röm. Recht ist es überhaupt ausgeschlossen, einzelne Räume eines Gebäudes, da dies mit dem Grund und Boden ein selbständiges Ganzes bildet, abzutrennen und ihnen die Eigenschaft von für sich bestehenden Sachen zu verleihen. Urteil des Obersten Landgerichtshofes für Bayern v. 25. 1. 1890 in Seuff. Arch. N. F. XVI, S. 132 f.

dass durch Teilung sehr viele Gegenstände zerstört, beschädigt oder unbrauchbar gemacht werden können.

Damit zerfällt die Richtigkeit jener Anschauung. Die Möglichkeit einer juristischen oder intellectuellen Teilung ist aber auch in obiger Quellenstelle ausdrücklich anerkannt, obwohl nicht erhellt, welche Vorstellung bei dem dominium pro indiviso obwaltete.

In dieser Hinsicht ist der Ansicht Wächters[1]) beizutreten. Danach ist die intellectuelle Teilung keine solche nach realen und körperlich abgegrenzten Teilen, sondern eine Teilung nach in der Abstraktion gedachten Quoten.[2])

Beim Miteigentum existiere also der Teil eines jeden condominus nur in Gedanken, und in Absicht auf die Miteigentumssache gehe die Anschauung dahin, dass jedes physische Atom derselben unter den Miteigentümern geteilt sei.

Körperlich bleibe also die Sache ungeteilt, während sie in der Idee in Teile zerlegt werde, deren jeder einem der Miteigentümer als Inhaber und berechtigtem Subjekt zufällt. Gäbe es keine intellectuelle Teilung, so würden physisch unteilbare Sachen nur immer einer Person gehören können. Erst desshalb, weil das Eigentum zu einem ideellen Anteil auch bei physisch unteilbaren Sachen stattfindet, ist überhaupt ein Miteigentumsverhältnis möglich.[3])

---

[1]) Wächter, Ueber Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte im Archiv für die civilist. Praxis XXVII, S. 162 ff. Heidelberg 1844.

[2]) Die intellectuelle Teilung bezieht sich nicht auf das Recht, sondern auf das Object desselben, und sie ist eine Scheinteilung im Gegensatz zu der physischen Teilung. Steinlechner a. a. O. S. 79 f. 83.

[3]) Förster-Eccius a. a. O. III, S. 182, S. 302.

Es entsteht aber nun die weitere Frage: Ist die Miteigentumssache als Rechtsobjekt nach durch Abstraction gedachten Quoten geteilt, oder ist es das Eigentumsrecht, welches zwischen den condominis geteilt ist?

Hier sind auf dem Boden der Wächterschen Ansicht zwei Betrachtungsweisen möglich, nämlich:

1. Das Eigentumsrecht ist beim Miteigentumsverhältnis ungeteilt. Jeder Miteigentümer ist dabei nach Art einer Correalobligation Subjekt des ganzen Eigentumsrechts, so dass sich das ungeteilte Eigentumsrecht auf jeden der Miteigentümer als sein Subjekt bezieht. Jeder Miteigentümer, auch wenn er das Eigentumsrecht ganz hat, hat aber doch nicht die Sache ganz zu Eigentum; denn es konkurriert mit ihm sein Partner.
2. Das Eigentumsrecht an der Sache ist geteilt, d. h. nicht nach dem Inhalt und nicht nach den im Eigentum enthaltenen Befugnissen, sondern nach seinem Umfang. Die Miteigentumssache als Eigentumsobjekt ist dabei nicht geteilt.

Welche dieser Ansichten die richtige sei, gilt als die bedeutendste Controverse des Miteigentums, und auf beiden Seiten stehen hervorragende Vertreter der Wissenschaft.[1])

Eine direkte Entscheidung der Streitfrage in den

---

[1]) Die erst gedachte Ansicht gilt als die herrschende. Sie wird vertreten namentlich von Wächter a. a. O., S. 163 ff. Steinlechner a. a. O., S. 92 ff. Büff im Arch. für prakt. Rechtswissenschaft N. F. III, S. 114 ff., S. 126 (Darmstadt und Leipzig 1866) Eisele im Arch. für die civilistische Praxis Bd. 63 S. 40 ff. (Tübingen und Leipzig 1879). Für die zweite entscheiden sich unter anderen Dernburg a. a. O. I, § 195, S. 462.

Mertens: Welche Unterschiede bestehen zwischen Niessbrauch, der mehreren pro parte indivisa zusteht, und Miteigentum? S. 18 ff. Cleve 1892.

Rechtsquellen fehlt, obwohl Dernburg a. a. O. eine solche in den Celsinischen Worten in l. 15. D. commodati 13. 6. finden will:

> Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Diese Ansicht wäre richtig, wenn es feststände, dass hier dominium das Eigentumsrecht bedeutete. Allein die Bedeutung dieses Wortes umfasst auch den Eigentumsgegenstand, die körperliche Sache, und in dieser Auffassung würde die Stelle besagen, dass der Miteigentümer die Miteigentumssache zu einem Teile, nämlich zu einem ideellen Teile besitzt. Es steht also nicht fest, dass, wie Dernburg annehmen möchte, die Worte pro parte dominium habere gleichbedeutend wären mit partem dominii habere, nämlich das Eigentumsrecht zu einem Teile haben.

Die Ansicht sub 1, welche das Recht selbst ungeteilt lässt, die Miteigentumsanteile der condomini an der Gemeinschaftssache aber als Quoten auffasst, ist als die richtige zu erachten.

Wenn man mit Dernburg das Eigentumsrecht selbst geteilt sein lässt, so würde eine Mehrheit von Eigentumsrechten an derselben Sache entstehen, und dies wäre eine Verletzung des Eigentumsbegriffs; denn man würde dann zu einem dominium plurium eiusdem rei in solidum gelangen, d. h. es würde jedem der Teilhaber der volle begriffliche Inhalt des Eigentums, also Totaleigentum an der Gemeinschaftssache zustehen. — Die Miteigentumssache ist also beim Miteigentum quotitativ geteilt unter Festhaltung der Einheit und Ungeteiltheit des Eigentums; denn die Quotenteilung ist nur ein Ausdruck der Ungeteiltheit des Rechts, eine Scheinteilung, die Negation einer Rechtsteilung.

An derselben Sache ist nur ein Eigentum denkbar, welches sich aber ganz und ungeteilt auf die mehreren Miteigentümer bezieht. Der Inhalt des Eigentums, d. h. die in ihm liegende Summe der einzelnen Befugnisse kann jedoch regelmässig nur von einem der Genossen ausgeübt werden — abgesehen von manchen Eigentumsbefugnissen, deren Ausübung zugleich von mehreren Personen erfolgen kann, z. B. über einen Weg gehen.

Es muss deshalb die Miteigentumssache, welche physich ungeteilt bleibt, nach Quoten geteilt sein, d. h. derjenige Teil, welchen jeder condominus an der Sache hat, existiert als Teil nur in der Idee. Entsprechend der Betrachtungsweise der Quotenteilung wird angenommen, dass jeder physische Punkt der Miteigentumssache unter den condominis geteilt ist, so dass keiner an der Sache selbst etwas ausschliesslich hat, und keiner gegen den physischen Teil der Sache irgend etwas vornehmen kann, ohne damit zugleich auch den Teil des Anderen zu treffen.[1])

Zur Widerlegung dieser Ansicht hat man[2]) gegen die hier vertretene Auffassung der ungeteilten Beziehung des Eigentumsrechts auf jeden Miteigentümer behauptet:

Wenn beim Miteigentum das Recht ungeteilt wäre, so müsste jeder Miteigentümer die Stellung eines Alleineigentümers haben, jedem Miteigentümer müssten dann folgeweise auch die Befugnisse in dem Umfange wie einem Alleineigentümer innewohnen. In Wirklichkeit ständen aber dem Miteigentümer keineswegs die Befugnisse in dem Umfange zu, wie einem Alleineigentümer, er werde vielmehr in den meisten Fällen durch seinen Partner beschränkt.

---

1) Wächter a. a. O., S. 181.

2) Mertens a. a. O., S. 19.

Allein diese Widerlegung trifft nicht zu. In der That hat jeder Miteigentümer als Subjekt seines Miteigentums und in Bezug auf dessen rechtliche Substanz ganz die Stellung eines Alleineigentümers, jeder Miteigentümer ist so vollständig als Subjekt seines Rechtes Eigentümer, wie ein Alleineigentümer. Daraus folgt aber keineswegs, dass jeder Miteigentümer bei Ausübung seines Rechtes die Befugnis des andern Miteigentümers haben müsse.

Selbst die Befugnisse eines Alleineigentümers können durch Verfügungsbeschränkungen, iura in re aliena, Verpachtung, ausserordentlich beschnitten sein, ohne dass derselbe aufhört die Eigenschaft des Alleineigentümers zu besitzen. In gleicher Weise kann es sich mit dem Miteigentümer verhalten. Er kann auf Schritt und Tritt in der Ausübung seines Rechtes durch die gleiche Ausübungsbefugnis seines Partners beschränkt sein.

Es ist aber unzulässig, von den Befugnissen und dem Masse der Ausübung seines Rechts, welche dem Miteigentümer zustehen, einen Rückschluss auf die Art, Natur und das Wesen des Miteigentumsrechts zu ziehen. Daraus, dass der Miteigentümer in der Handhabung seines Rechts durch seinen Genossen beschränkt wird, und auf dessen Einwilligung angewiesen ist, ermöglicht sich kein Schluss auf den Charakter des Miteigentums, namentlich auf den Inhalt desselben. Die Ansicht, dass, weil die Ausübung des Miteigentums unter den Miteigentümern geteilt sei, müsse auch das Miteigentumsrecht selbst unter ihnen gespalten sein, entspringt demselben Fehlschluss, welcher zur Aufstellung eines Ober- und Untereigentums im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Emphyteuta, Vasallen, Erbpächter u. s. w. geführt hat.

Aber auf der Bahn dieses Irrtums würde man dazu gelangen, auch dem Fructuar ein Miteigentum am beniessbrauchten Grundstück zuzuschreiben, wenn das Mass der Ausübung eines Rechts einen Rückschluss auf das Mass, den Inhalt und Umfang des Rechts selbst gestattete. Man darf also nicht etwa schliessen, weil der Fructuar fast alle Befugnisse eines Eigentümers hat, weil er eben nicht Alleineigentümer ist, so muss das Eigentum des Niessbrauchgegenstandes zwischen dem Fructuar und Proprietar geteilt sein. Dass der Miteigentümer nur über seinen ideellen Anteil an dem Miteigentumsgegenstande, nicht zugleich über den ideellen Anteil seines Genossen durch Verkauf, Verpfändung, Niessbrauchbestellung verfügen kann, ist auch kein Beweis für die Geteiltheit des Miteigentumsrechts unter den Miteigentümern, sondern alles dies beweist nur, dass, wenn der eine Miteigentümer das Miteigentumsrecht durch jene Verfügungsacte ausüben will, er dabei an den Consens seines condominus gebunden ist; denn dieser ist ebenso, wie er, Subjekt des identischen ungeteilten Miteigentumsrechts. Die Geteiltheit des Miteigentumsrechts ist auch nicht aus der Passivstellung der Miteigentümer abzuleiten, welche sie gewissen Klagen gegenüber einnehmen, wenn sie pro rata als Beklagte haften.

Die Klage auf Versprechen einer Verbalcaution konnte gegen jeden Miteigentümer nur pro rata angestellt werden.

Der Grund hierfür lag aber nicht darin, dass das Eigentum des gefahrdrohenden Gebäudes unter den Miteigentümern substantiell geteilt war, sondern weil kein Miteigentümer für seinen Genossen in Bezug auf die Pflicht, Caution zu versprechen, haftete, weshalb jeder der beiden Miteigentümer nur die den zu be-

fürchtenden Schaden ausdrückende Cautionssumme halb zu versprechen hatte. Die andere Hälfte musste der Genosse promittieren, der als Miteigentümer ebenso verhaftet war. Nicht die Thatsache des Miteigentums und seine Geteiltheit oder Ungeteiltheit bildete den Grund der Cautionsklage, sondern das damnum infectum, und hieran sind beide Miteigentümer beteiligt.

Niemals sind die Miteigentümer als Beklagte dritten Personen gegenüber deshalb so oder anders verantwortlich, weil sie ihr Eigentumsrecht entweder geteilt oder ungeteilt als dessen Inhaber hätten.

Die Haftung der Miteigentümer bemisst sich vielmehr danach, in wie weit jeder Miteigentümer das geklagte Recht verletzt.[1])

Da der Miteigentümer Detentor des Miteigentumsgrundstücks ist, so kann ihm ein Dritter das ganze Grundstück mit der Vindication abfordern; denn diese geht gegen jeden Detentor.

Der Kläger kommt damit freilich nicht zum Ziele; denn wenn der beklagte Miteigentümer zur Restitution angehalten wird, so dauert doch noch die Detention des andern, nicht mitbeklagten Miteigentümers fort. Die Vindication wird deshalb zweckmässig gegen beide Miteigentümer gerichtet, nicht als ob der allein Beklagte Einmiteigentümer nicht zu restituieren vermöchte — denn die Restitution besteht im Aufgeben der Detention — sondern weil mit der Restitution seitens des einen Miteigentümers der Vindicant seinen Zweck noch nicht erreicht. Werden nun beide Miteigentümer mit der Vindication belangt, so darf man dies nicht als eine Haftung derselben pro rata bezeichnen, die deshalb ein-

---

[1]) Rümelin, Zur Lehre von der Teilung der Rechte in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. N. F. XVI, S. 408 f. Jena 1889.

träte, weil das Miteigentum unter ihnen pro rata geteilt sei.

Der Grund ist vielmehr der soeben erörterte.

Auch spricht der Umstand, dass ein Miteigentümer nur seinen Miteigentumsanteil einklagen kann, nicht aber den Miteigentumsanteil seines Genossen, nicht für das Geteiltsein ihres Eigentumsrechts.

Richtig ist, dass ein Miteigentümer, wenn er als Alleineigentümer klagt, mit der Klage nicht durchdringt.

Er muss vielmehr sein Miteigentum behaupten und auf die Herausgabe des ganzen Miteigentumsgrundstücks zur ideellen Hälfte klagen. Da dem Miteigentümer jedes Atom des Grundstücks gehört, wenn schon mit der Beschränkung, dass dies Atom in gleicher Weise Eigentum des condominus ist, so klagt der Miteigentümer das ganze Grundstück, wenn gleich zur ideellen Hälfte ein.

Ohne diese Beschränkung würde der Vindicationsbeklagte einwenden, dass der Kläger nicht befugt sei, als Totaleigentümer das ganze Grundstück einzuklagen, da noch ein Miteigentümer existiere.

Im Effect empfängt der obsiegende, als Miteigentümer klagende Kläger allerdings die Detention des ganzen Grundstücks vom Beklagten; denn nur hierdurch lässt sich dessen ideelle Hälfte restituieren.

Der Umstand, dass der Miteigentümer nicht in der Rolle eines Totaleigentümers vindicieren kann, beruht nicht auf einem Geteiltsein des Eigentumsrechts zwischen ihm und seinem condominus, sondern darauf, dass der als Totaleigentümer vindicierende Miteigentümer das eingeklagte Totaleigentum garnicht besitzt. Es greift also hier die einfache Regel Platz, dass Niemand einen Anspruch mit Klage verfolgen kann, der ihm in der Gestalt, in welcher er klagt, gar nicht zusteht. Dem Miteigentümer steht aber das Totaleigentum nicht zu, weil das Eigentums-

recht zwischen ihm und seinem Partner der Substanz nach geteilt wäre, sondern weil in dem ungeteilten Miteigentum als dessen Subjekt der andere condominus mit konkurriert und deswegen eben Miteigentum und kein Totaleigentum vorhanden ist.

Ein weiterer schlagender Beweis für die Spaltung des Eigentumsrechts der Miteigentümer soll darin bestehen, dass der Fruchtbezug geteilt ist, da an den Früchten Miteigentum entstehe.[1])

Richtig ist dabei, dass jeder Miteigentümer auf die Früchte ein selbständiges Recht hat, dies aber nur hinsichtlich des auf seine ideelle Hälfte entfallenden Anteils am Fruchtertrage. Bezieht ein Miteigentümer die Früchte allein, so erwirbt er nicht mehr von denselben zu Eigentum, als ihm im Verhältnis zu seiner Eigentumsquote zukommt.

L. 25 D. de usuris et fructibus 22,1: qui scit, fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est.

Der Grund hierfür liegt darin, dass der andere Miteigentümer, welcher das Geschäft der Einerntung nicht mit besorgt hat, ipso iure durch die seitens seines Partners ausgeführte Separation der Früchte Eigentümer von der dem Miteigentum entsprechenden Hälfte wird.[2]) Durch die Separation und nicht etwa, weil das

---

[1]) Mertens a. a. O., S. 20.

[2]) Zu einer Quote. S Rümelin a. a. O., S. 413. Ausserdem ist hier zu wiederholen, dass aus der Art der Ausübung des Miteigentums, als welche sich der Fruchtbezug darstellt, nicht auf den Charakter des Miteigentumsrechts, namentlich nicht auf dessen materielle Geteiltheit geschlossen werden kann. Ist auch die Ausübung des Miteigentumsrechts geteilt, so muss darum noch nicht das Miteigentum selbst rechtlich gespalten sein.

Eigentumsrecht unter den Miteigentümern geteilt sei, erwirbt der nicht separierende Miteigentümer das halbe Fruchteigentum.

Der Miteigentümer kann eine active Grunddienstbarkeit für das Miteigentumsgrundstück für sich allein nicht erwerben.[1])

Auch diese rechtliche Wahrheit wird für die Behauptung angeführt, das Eigentumsrecht sei unter den Miteigentümern geteilt.

Allein der Grund ist ein anderer. Der Miteigentümer besass kein geeignetes Grundstück, zu dessen Gunsten eine Servitut bestellt werden konnte; denn für seine ideelle Quote konnte als herrschendem praedium keine Servitut errichtet werden.[2]) Ausserdem kommt hier in Betracht, dass bei dem Errichtungsact, namentlich der in iure cessio oder stipulatio, jeder, der daraus Servitutberechtigter werden wollte, mitzuwirken hatte.[3])

Es konnte ferner wegen des Grundsatzes der Unteilbarkeit der Servituten ein Miteigentümer für seinen Anteil keine Servitut erwerben, und doch würde man diese rechtliche Möglichkeit zugeben müssen, wenn das

---

[1]) L. 140, § 2 D. de verborum obligationibus 45,1—L. 19 D. de servitutibus praediorum rusticorum 8,3.

Auch die einseitige Belastung des Miteigentumsgrundstücks seitens des neuen Miteigentümers mit einer Servitut ist während der Dauer der Gemeinschaft wirkungslos. Erwirbt aber der belastende Miteigentümer später den Anteil, so convalesciert die Servitut; denn der Bestellungsact bindet den Besteller. L. 11 D. de servitut. praediorum r. 8, 3. Rechtsfall im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft VIII, S. 544. Marburg und Leipzig 1860.

[2]) Elvers, die römische Servitutenlehre § 65, S. 711. Marburg 1856.

[3]) L. 18, L. 32 D. communia praediorum 8, 4 und die obigen Stellen. L. 140 § 2 D. 45, 1.—L. 19 D. 8, 3 (in voriger Note).

Miteigentumsrecht den Miteigentümern substantiell geteilt wäre.[1])

Man kann dagegen nicht einwenden,[2]) wenn ein einzelner Miteigentümer eines Grundstücks das Eigentum desselben ganz besässe, so müsse er auch die Macht haben, jenes Eigentum durch seinen Servitutenerwerb selbständig zu verstärken; denn diese Verstärkung scheitert, wie wir sehen, an anderen, im Wesen der Servitut und ihres Erwerbs liegenden Gründen.

Ausserdem trifft es nicht zu, dass jeder Miteigentümer das Eigentum in dem Sinne ganz hat, wie ein Alleineigentümer, der für sich allein Servituten erwerben kann. Der Miteigentümer hat freilich das Eigentumsrecht ganz und ungeteilt, aber er hat, wie schon betont, nicht das ganze Eigentumsobjekt; denn jeder Punkt des letzteren gehört auch dem condominus. Jeder Miteigentümer vertritt also nur seine Eigentumsquote, aber nicht das ganze Eigentum und die darin mitenthaltene Eigentumsquote des Genossen. Eine Servitut kann Kosten verursachen, z. B. für die Ausbesserung eines Weges, welcher kraft Servitut benutzt wird. Könnte ein Miteigentümer solche Servitut für sich allein erwerben, und thäte er es, weil ihm vielleicht allein der Weg bei Ausnutzung seines Miteigentums von Vorteil ist, so würde derselbe einseitig seinen condominus mit Kosten belasten können. Allein dies ist nicht zulässig und es würde immerhin der Zustimmung und Mitwirkung seines

---

[1]) Vergl im übrigen über die Notwendigkeit der Mitwirkung aller Miteigentümer bei der Errichtung einer Servitut: Heinzelmann, die Unteilbarkeit der Servituten S. 15. f. Inaug. Dissert. Nördlingen, ohne Jahreszahl. — Hoffmann, Die Lehre von den Servituten § 28, S. 84 f. Darmstadt 1838. — Rümelin a. a. O., . 424 ff.

[2]) Mertens a. a. O., S. 19.

condominus zum Erwerb der Servitut für das Gemeinschaftsgrundstück bedürfen.

Die Miteigentümer stehen nicht nur in einem dinglichen Miteigentumsverhältnis, sondern auch in einem persönlichen Verhältnis der einer Societät ähnelnden communio, welche das Miteigentumsverhältnis in seiner Activität,[1]) namentlich die Ausübung des Miteigentumsrechts des einzelnen condominus reguliert und Uebergriffe desselben auf Kosten seines Partners ausgleicht.[2])

§ 3.

Begriff und Wesen der Servitut.

Hierüber herrschen in der Wissenschaft die abweichendsten Vorstellungen.

Einige Juristen[3]) wollen diesen Begriff nur negativ bestimmen, indem sie für Servituten alle iura in re erklären, welche sich nicht als Pfandrecht und Superficies oder Emphyteuse darstellen.

Allein diese Begriffsbestimmung ist eine durchaus verfehlte, da sie die Servituten nur durch Ausscheidung der iura in re erklärt, welche Nichtservituten sind, den Begriff der iura in re aber undefiniert lässt und nach ihr auch Arreste und vertragsmässige oder gesetzliche Veräusserungsverbote zu den Servituten zu zählen sein würden. Andere Schriftsteller[4]) verstehen unter Servitut

---

[1]) Hesse a. a. O., § 7, S. 129 f.
Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts, S. 234, 241 f. Heidelberg 1829.

[2]) Windscheid, Pand. § 449, Note 4.
Rümelin a. a. O., S. 400 ff.
Schneider a. a. O., S. 395 ff.

[3]) Buchholz a. a. O., No. 4.
Guyet, Abhandlungen S. 5 ff.

[4]) Donelli, Commentarii de iure civili libr. IX., Cap. 21, p. 476. Norimbergae 1612. — Glück, Ausführliche Erörterungen der Pandekten IX, S. 3 und 5. Erlangen 1808.

eine die Freiheit des Eigentums beschränkende „moralische“, d. h. wohl juristische — Eigenschaft einer Sache, vermöge deren der Eigentümer derselben zum Vorteil eines anderen in gesetzmässiger Art etwas zu leiden oder zu unterlassen verpflichtet sei.

Thibaut,[1]) welcher dieser Auffassung nahe steht, erblickt in den Servituten diejenigen dinglichen Rechte, welche dem Eigentümer die Pflicht auferlegen, zum Vorteil eines Andern etwas zu unterlassen oder demselben irgend eine Benutzung oder auch, sofern die letztere es erfordert, eine Disposition über die Substanz der Sache zu gestatten.

Als eine Eigenschaft eines Grundstücks kann die Servitutbelastung desselben allerdings bildlich aufgefasst werden. Allein damit ist ihr Wesen nicht erklärt. Auch Glück legt zu einseitig den Ton auf das belastete Grundstück, während doch die Servitut auch ein Recht ist. Dagegen geht Thibaut's Ansicht zu weit, denn nach ihr würden auch Reallasten, Pfandrechte, Superficies und Emphyteusen zu den Servituten zu rechnen sein.

Duroi[2]) hält die Servitut gar nicht für ein selbstständiges, vom Eigentum verschiedenes dingliches Recht, sondern nur für den Gegenstand eines Rechts, nämlich des Eigentumsrechts, was insbesondere durch Puchta,[3]) Arndts[4]) und Vangerow[5]) dadurch widerlegt worden ist, dass die Servitut in den Quellen als ein bestimmtes

---

[1]) Thibaut, System des Pandektenrechts II, § 749. 8. Ausgabe. Jena 1834.

[2]) Duroi im Archiv für civilistische Praxis VI, S. 278 f.

[3]) Puchta im Rheinischen Museum I, S. 305 f.

[4]) Arndts in der Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess. N. F. III.

[5]) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I, S. 688. 7. Aufl. Marburg 1863.

Recht bezeichnet wird, — so der ususfructus in L. 1 D. 7, 1, nicht aber als Gegenstand eines Rechts. Nach Büchel[1]) besteht das Charakteristische der Servitut darin, dass dieselbe bestimmte, aus dem Umfang des Eigentums abgelöste Bestandteile des fremden Eigentums enthält, so dass auf der einen Seite eine dominatio, auf der andern ein augmentum dominii geschehe.

Diese Ablösung soll vor sich gehen, „dem Rechte nach, so wie sie im Eigentume enthalten waren, jedoch infolge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigentum zustehendes Recht eingeräumte Befugnis."

Diese Ansicht scheint in l. 5, § 9 D. de op. nov. nunt. 39, 7 eine Stütze zu finden, wo es vom Servitutbesteller heisst: ius suum deminuit alterius auxit.

Allein sie ist unzutreffend und auch nicht als quellenmässig anzusehen.[2]) Die l. cit 5 besagt nämlich nur, dass der Besteller einer Servitut seine persönliche Eigentumsmacht verringert, und dementsprechend diejenige des Servitutberechtigten wächst, indem seinerseits eine Verstärkung des Eigentums eintritt.

Die Stelle lautet:

cum quis, posteaquam ius suum deminuit alterius auxit, hoc est posteaquam servitutem aedibus suis inposuit, contra servitutem fecit.

Damit soll nicht gesagt sein, dass das active Servitutrecht durch Veräusserung seitens des Bestellers in der Art erworben werde, das dasselbe als Bestandteil des Eigentums übertragen wird, etwa wie wenn eine Forderung cediert wird, deren Recht und Inhalt vor und nach der Cession gleich bleibt. Was der

---

[1]) Büchel, civilrechtliche Erörterungen über iura in re und deren Verpfändung, I. Abt. 3, S. 8 und 288. Marburg 1834.

[2]) vergl. Windscheid a. a. O., I, S. 601, Note 3.

Servitutbesteller durch die Servitut verliert, ist vielmehr oft etwas ganz anderes als was der Erwerber empfängt, ja bei vielen Servituten büsst der Besteller überhaupt nichts ein, so z. B. bei der servitus fontis, wenn auch der belastete Eigentümer die Quelle mitbenutzt.

Ein Austauschen von Eigentumsbefugnissen oder Bestandteilen findet nicht statt. In der Hand des Servitutberechtigten ist das Recht etwas ganz anderes, als es vor der Servituterrichtung war. Das Eigentum des Servitutbestellers wird auch durch die Servituterrichtung nicht gemindert, sondern bleibt ganz dasselbe wie vorher. Was der Servitutbesteller verliert, ist nur eine Einbusse an Macht, sein der Substanz nach intact gebliebenes Eigentum auszuüben; deshalb bemerkt Arndts[1]) richtig:

„Ihrem Inhalt nach sind sie, die Servituten, Bestandteile des Inhalts des Eigentums, welche, diesem entnommen, nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigentümer zustehen.

Daraus folgt jedoch nicht notwendig, dass nun der Eigentümer selbst diejenige Befugnis, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er entbehrt an Eigentumsbefugnissen nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unverträglich ist.“

Es ist also nur der Inhalt des Eigentums, d. h. die einzelnen im dominium zusammengefassten Befugnisse, welche auf Seiten des Servitutbestellers geschmälert werden, während auf die Seite des Servitutberechtigteen die dem Besteller entzogene Befugnis

---

[1]) Arndts Lehrbuch der Pandekten § 175 S. 283. 9. Aufl. Stuttgart 1877.

nicht etwa einfach hinüberwandert, sondern vielmehr aus Anlass der Entziehung der Befugnis ein selbständiges neues und anders geartetes Recht entsteht.

Es verpflichtet sich z. B. A. seinem Grundstücksnachbarn B. gegenüber dahin, sein Grundstück nicht zu bebauen. Die Verpflichtung des Nichtbauendürfens auf Seite des A., also die Belastung ist ganz etwas anderes als das Servitutrecht des B.

Letzteres besteht auch nicht etwa darin, dass er nun seinerseits auf des A. Grundstück bauen darf, sondern darin, dass B. dem A. das Bauen auf seinem, des A. Grundstück verbieten darf. Recht und Last correspondieren allerdings und bedingen einander, sind indessen dem Inhalte nach nicht identisch.

Die Dienstbarkeiten sind nicht substantielle Eigentumsbestandteile in dem Sinne, dass sie, wie Büchel meint, dem Rechte nach aus dem Eigentum des Einen ausgeschieden wurden, um in das Eigentum des Andern übertragen zu werden.[1])

Genau betrachtet ist auch die Servitut, mag sie auch auf Seiten des Berechtigten dessen Grundeigentum und seine Eigentumsherrschaft verstärken, gar nicht einmal ein Bestandteil des herrschenden Grundstücks und dessen Eigentums, sondern ein davon verschiedenes, allerdings an dem herrschenden Grundstück und dessen Eigentum haftendes Recht.

Das Grundstück bezw. dessen Eigentum und die ihm zustehende Servitut sind zwei verschiedene Dinge.

Dasselbe gilt von dem dienenden Grundstück bezw. dessen Eigentum einer- und der Servitutbelastung andrerseits

Der Theorie von Büchel steht auch der Um-

---

[1]) Sohönemann: Die Servituten S. 18 ff. Leipzig 1866.

stand entgegen, das sie eine unstatthafte und rechtlich unmögliche Teilung des Eigentums enthalten würde.

Denn der Servitutverpflichtete würde einen juristischen Substanzteil seines Eigentums abzweigen und veräussern. Eine Teilung des Eigentums ist aber nur durch zwei Formen möglich, indem nämlich entweder physische oder reale oder aber intellectuelle, ideelle Teile gemacht werden.

Elvers[1]) hat folgende Lehre aufgestellt:

Den mannigfachen Handlungen, welche an einer Sache vermöge ihrer Natur aufgenommen werden können und zu denen die Herrschaft über die Sache die Befugnis erteilt, stehe jedesmal eine Eigenschaft der Sache gegenüber, welche diese Handlung erst ermöglicht, so der Befugnis, Früchte aus der Sache zu ziehen, die Eigenschaft, Früchte zu tragen. Diese einzelne positive oder negative Eigenschaft der Sache erscheint nun als die Folge der Servitutbestellung aus der Sache selbst herausgenommen und wird so geäussert.

Die gedachte Eigenschaft ist ein innerlicher Bestandteil des Grundstücks, an welchem sie haftet. Beide sind körperliche Sachen. Die eine ist die Trägerin der andern.

Die Veräusserung der Eigenschaft aus dem dienenden Grundstück bewirkt nur, dass das letztere intensiv verändert wird, wie wenn ein körperlicher Teil des Grundstücks veräussert wäre.

Die Servitut ist demgemäss die Herrschaft über eine als selbständige Sache fingierte Eigenschaft des belasteten Grundstücks, und die Servitutenbestellung ist die Ausscheidung der Eigenschaft aus dem letzteren und Uebertragung auf den Servitutberechtigten. Dieser

---

[1]) Elvers a. a. O.

Anschauung steht entgegen, dass die Eigenschaft eines Grundstücks im Rechte ganz irrelevant ist; sie ist etwas Factisches, welches nur unter besonderen Voraussetzungen und vermöge besonderer Rechtssätze Erheblichkeit besitzt, z. B. beim dictum promissum. Die Eigenschaft einer Sache ist auch nicht selbst eine Sache, etwa eine Nebensache der ersteren. Was Elvers als Herausnahme und Veräusserung der Eigenschaft bezeichnet, ist im Grunde der Zustand des dinglichen Belastetseins des dienenden und des Berechtigtseins des herrschen Grundstücks.

Nicht die unkörperliche Eigenschaft ist bei der Servitutbestellung Gegenstand des Rechtsgeschäfts, sondern es wird ein Recht construiert, dessen thatsächliche Voraussetzung die Eigenschaft ist. Auch ist es nicht richtig, dass die dienende Sache durch die Servitut intensiv kleiner wird.

Sowohl das belastete Grundstück als das Eigentumsrecht von dessen Eigentümer an dem Grundstück bleibt nach der Servituterrichtung gleich gross wie früher. Was kleiner wird durch die Servitutbestellung, ist nur die Herrschaftsmacht des Eigentümers des dienenden Grundstücks über dieses; derselbe wird in der Ausübung seines Eigentums beschränkt.

Diese Beschränkung geht freilich nicht dahin, dass er die Befugnis, die der Servitutbesitzer ausüben darf, nun nicht mehr selbst üben dürfte, sondern sie hat den Inhalt, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Ausübung der die Servitut bildenden Befugnis gestatten muss und sie nicht hindern darf.

Die richtige Definition der Servituten wird teils die Dinglichkeit derselben hervorheben, teils das Kriterium, dass die Servitut dem Berechtigten ein die fremde Sache beschränkendes Gebrauchs- und Nutzungs-

recht zu Gunsten seiner Person oder Sache an einer fremden Sache verschafft.

Diesem Standpunkt nähert sich Sintenis,[1]) welcher die Servituten als einzelne Befugnisse fremden Eigentums ansieht, die dadurch, dass sie dieses rücksichtlich des Gebrauchs oder der Benutzung zum Vorteil einer bestimmten Person oder eines Grundstücks beschränken, zu selbständigen Rechten an Sachen werden. Wir möchten hier nur nicht die Servituten als Befugnisse fremden Eigentums aufgefasst wissen; denn der Servitutberechtigte übt eine eigene Befugnis oder ein eignes Recht aus.

Sintenis will sagen: vermöge seiner Servitut darf der Dienstbarkeitsberechtigte etwas thun, was sonst der Eigentümer der dienenden Sache thun darf. Dies kann zutreffen z. B. beim Ususfructus, der dem Eigentümer der belasteten Sache den Fruchtgenuss entzieht. Allein auch hier ist es nur materiell, nicht formell ein Recht des Eigentümers, welches der Fructuar übt; formell übt er ein eigenes Recht, dessen Objekt nur eine fremde Sache ist.

Bei den meisten Servituten passt aber die Anschauung nicht einmal materiell, welche die Servitut als die Ausübung einer fremden Eigentumsbefugnis betrachtet.

Wenn es dem Nachbar obliegt, die Dachtraufe des Adjacenten in suo aufzunehmen, so übt letzterer nicht eine Eigentumsbefugnis des Nachbars, der vielleicht gar kein Dach auf dem belasteten Grundstück hat. Derselbe beschränkt nur das Grundstück des Nachbars, nicht die Substanz des Eigentumsrechts des letzteren.

---

[1]) Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht I § 57. Auflage 2. Leipzig 1860.

Trotz des Traufrechts kann der Nachbar seine Eigentumsbefugnisse handhaben.

Nur wo diese Handhabung auf die Ausübung der Servitut treffen und dieselbe stören würde, muss sich der Nachbar der Ausübung seiner Eigentumsbefugnisse enthalten.

Schönemann[1]) definiert:

„Die Servituten sind dingliche Rechte des Gebrauchs und des Fruchtgenusses von Sachen ohne Verzehrung derselben."

Diese Definition geht zu weit, sie passt auch auf Emphyteusen und Reallasten. Was Schönemann eigentlich giebt, sind Begriffsmerkmale des Ususfructus.

Puchta[2]) erachtet die Servituten als Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuelles Subjekt, Person oder Sache.

Richtig ist an dieser Begriffsbestimmung die Hervorhebung des Subjekts, welches die Servituten in zwei Klassen teilt.

Es fehlt aber die Kennzeichnung der Benutzung als einer partiellen, das Moment ihrer Beschränkung.

Wir würden den Begriff der Servitut dahin fassen:

Eine Servitut ist ein die Benutzung einer Sache partiell ergreifendes dingliches Recht, welches zu Gunsten seines Subjekts, nämlich einer Person oder eines Grundstücks, die Ausübung des Eigentums eines Andern in bestimmter Beziehung einschränkt.[3])

---

[1]) Schönemann a. a. O. S. 28.

[2]) Puchta Pandekten § 178, 10. Aufl. Rudorff-Leipzig 1866.

[3]) Entgegen der Ansicht Böckings, Pandekten des röm. Privatrechts II, § 159, Leipzig 1855 und Brinz, Lehrbuch der Pandekten I, § 186, 2. Aufl. Erlangen 1873, dass die Beziehung auf den Eigentümer dem Servitutbegriff wesentlich sei, verteidigt Windscheid a. a. O., S. 301, Note 3 am Ende und Seite 602 § 201 Note 1. diejenige, dass zur Definition der Servitut das

Benutzung ist hier zugleich im Sinne von Gebrauch, Fruchtgenuss, Disposition im Sinne des sich Bedienens einer Sache zu irgend einem Zwecke zu verstehen.

§ 4.

Ueber die Frage, ob der Miteigentümer eine Servitut an der gemeinschaftlichen Sache erwerben könne, haben verschiedene Ansichten bestanden.

Einige Schriftsteller nehmen an, an einer gemeinschaftlichen Sache lasse sich insofern eine Servitut erwerben, als der eine Teilnehmer dem andern ein besonderes Recht an der gemeinsamen Sache einräume, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt hätte.[1])

Vangerow[2]) behauptet niemand könne für sein Eigentum eine Dienstbarkeit auf einem mit einem andern gemeinschaftlichen Grundstück oder für eine gemeinschaftliche Sache auf einer dem andern Miteigentümer allein zustehenden erwerben, während im umgekehrten Falle, wenn der Eigentümer der herrschenden Sache Miteigentümer der dienenden oder umgekehrt der Eigentümer der dienenden Miteigentümer der herrschenden werde, die Servitut bestehen bleibe.

Schönemann[3]) und mit ihm Luden[4]) behaupten: Ein Miteigentümer allein könne zwar einen Niessbrauch, aber

---

Moment der Eigentumsbeschränkung nicht erforderlich sei, da dieselbe einfach ein Recht des Miteigentümers sei.

[1]) Glück a. a. O. IX, S. 7. Westphal, interpretationes iuris civilis de libertate et servitutibus praediorum § 536. Lipziae 1795 Weiskes Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, X sub voce „Servituten" Leipzig 1856.

[2]) Wangerow, Lehrbuch der Pandekten I, § 340, S. 817. § 812, Aufl. 6. Marburg 1851.

[3]) Schönemann a. a. O., § 37, S. 135.

[4]) Luden, Die Lehre von den Servituten, § 54, S. 150. Gotha 1837.

nicht eine andere Servitut an seinem Teile bestellen Das gesamte gemeinschaftliche Grundstück könne er überhaupt nicht mit einer Servitut belasten.

Bei der Frage, ob der Miteigentümer an der gemeinschaftlichen Sache eine Servitut erwerben kann, ist der Miteigentümer bei einer Realservitut immer als Eigentümer des herrschenden Grundstücks, bei einer Personalservitut in der Rolle eines Servitutberechtigten z. B. eines Fructuars gedacht.

Als Realservitutberechtigter kann der Miteigentümer gedacht werden als herrschend mit seinem ideellen Miteigentumsanteil oder mit einem Sondergrundstück, während als servitutbelastet jedesmal entweder der ideelle Miteigentumsanteil des Eigentumspartners erscheint oder das Miteigentumsgrundstück, letzteres als Gegenstand eines Alleineigentums gedacht. Weiterhin sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Die Dienstbarkeitsbelastung des Gemeinschaftsgrundstücks bezw. des ideellen Teils desselben ist jünger als das Miteigentumsverhältnis.

   Es bestand also das Miteigentum schon, ehe der Miteigentümer die Servitut erwarb; diese ist erst während der Dauer der Gemeinschaft entstanden

2) Die Dienstbarkeitsbelastung des Grundstücks ist älter als das Miteigentum, das Grundstück war also schon zu Gunsten des einen condominus servitutbelastet, ehe es ins Miteigentum gelangt e

Die nach Vorstehendem sich ergebenden verschiedenen Thatbestände sind für die Beurteilung der Themafrage streng auseinander zu halten, und es ist auch bei der Interpretation der Quellen von Wichtigkeit festzustellen, welcher Thatbestand der Entscheidung zu Grunde gelegt wird.

Es ist sodann weiter bei der Erörterung der Themafrage zwischen Personal- und Realservituten zu unterscheiden.

Wenden wir uns zunächst zu den letzteren. Hier sind die Worte der l. 26 D. de servit. praed. urb. 8, 2 in verschiedenem Sinne ausgelegt worden. Dieselben lauten:

In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat; nulli enim res sua servit.[1])

Wie die systematische Stellung der lex im Titel de serv. praed. urb. beweist, wird hier Urbanalservitut unterstellt, und zwar ist das Sachverhältnis so gedacht, dass zwei Personen als Miteigentümer ein praedium urbanum besitzen und nur der eine Miteigentümer zu Gunsten seines Miteigentumsanteils auf dem Gemeinschaftsgrundstück eine Servitut ausüben möchte, vermöge deren er entweder eine affirmative Thätigkeit auf dem letzteren vornehmen oder dem Miteigentumsgenossen einen Eingriff in die behauptete Servitut verbieten will.

Von einem über das Miteigentums-Grundstück herrschenden Sondergrundstück des einen Miteigentümers ist in der Stelle keine Rede, so dass sich hierauf die Entscheidung der Stelle nicht bezieht.

Die letzere wird von Paulus dahin erteilt, dass der eine Miteigentümer gegen den andern iure servitutis die fragliche Thätigkeit nicht ausüben, das Verbot nicht erlassen könne.

---

[1]) Die l. 26 cit. sagt nicht (wie sich aus dem Nachfolgenden ergeben wird), die aus der Communion fliessenden Rechte könnten nicht in dem Verhältnis von Servituten betrachtet werden, wie Glück a. a. O. IX, § 620, S. 8 gemeint hat. Gegen dies Missverständnis s. Hesse im Arch. für praktische Rechtswissenschaft N. F. IV, S. 144.

Darin scheint die Rechtsregel zu liegen: der eine Miteigentümer kann gegenüber dem andern zu Gunsten seines Miteigentumsanteils eine Realservitut auf dem Gemeinschaftsgrundstück nicht ausüben.

Als Grund ist angeführt, dass niemandem seine eigene Sache dienstbar sein kann, indessen ist diese Begründung nicht erschöpfend.

Paulus sagt in seiner Entscheidung, dass da Gemeinschaftsgrundstück eine res sua, eine eigene Sache für den Miteigentümer ist, der etwa auf ihm eine Servitut ausüben möchte. Die Dienstbarkeiten sind einzelne Nutzungs- und Gebrauchsbefugnisse, während das Eigentum die totale Sachbeherrschung darstellt. Es ist unvereinbar, dass die nämliche Person die generelle ausschliessliche Herrschaft über ein Grundstück hat, und dass ihr diese Herrschaft doch dadurch beschränkt sein soll, dass sie selbst eine Servitut auf dem Grundstück hat, d. h. ihre eigene ausschliessliche Herrschaft wieder beschränken soll. Die Entscheidung des Paulus lässt sich aber noch durch andere Gründe stützen.[1])

Zunächst durch den apagogischen Grund, dass das Miteigentumsrecht zwischen dem Miteigentümer, der auf dem Gemeinschaftsgrundstück eine Servitut ausüben möchte, und seinem Partner, der Substanz des Rechts nach geteilt sein müsste, wenn das Bestehen dieser Servitut rechtlich möglich sein sollte. Denn erst diese

[1]) Luden a. a. O., § 53, S. 150, findet den Grund der Unmöglichkeit des Servitutenerwerbs des einen condominus am Gemeinschaftsgrundstück in der Gemeinschaftlichkeit des Eigentums: Die Servitut könne nicht dem einen Eigentümer zustehen, während sie dem andern nicht zustehe. Diese Begründung ist jedoch nicht ausreichend; denn nur das Miteigentum ist gemeinschaftlich, aber nicht dasjenige, was ein Miteigentümer noch ausserdem besitzt.

Geteiltheit des Eigentumsrechts würde das wegen des Satzes nulli res sua servit der Existenz solcher Servitut entgegenstehende Hindernis beseitigen. Wir bewiesen aber oben, dass das Miteigentumsrecht unter den condomini der Rechtssubstanz nach nicht geteilt ist, dass es vielmehr nur ein Miteigentumsrecht giebt, welches korreal auf die mehreren Miteigentümer als Subjekt ganz und voll bezogen wird.

Man könnte nun meinen, die Regel nulli res sua servit stehe dem Miteigentümer jedenfalls dann nicht im Wege, wenn man das Verhältnis so auffasst, dass der Anteil des einen Miteigentümers für den andern ein fremder ist, es könnte deshalb dem einen Miteigentumsanteil eine Realservitut auf dem andern zustehen. Allein diese Ansicht geht fehl.

Servituten können nur einem Grundstück gegen ein anderes Grundstück zustehen.[1]) Ideelle Miteigentumsanteile sind keine Grundstücke, sondern beruhen auf einer abstrakten Scheidung des Rechts. Sodann würde jener Ansicht das bekannte Prinzip der Unteilbarkeit der Realservitut begegnen. Eine Realservitut, die auf einem ideellen Grundstücksanteil ruhte, wäre ja geteilt. Es lässt sich auch nicht behaupten, der Miteigentümer könne auf dem ideellen Anteil seines Genossen und gleichzeitig auf seinem eigenen die Servitut erwerben. Soweit die Dienstbarkeit sich dann auf den eigenen ideellen Anteil bezöge, wäre sie durch die Regel behindert: nulli res sua servit.

Ebenso unzulässig ist die Auffassung, man müsse von der Geteiltheit des Miteigentumsgrundstücks ganz absehen und dies als ungeteiltes Objekt des Eigentums betrachten, unter dieser Auffassung aber könne der

[1]) Steinlechner a. a. O., II, S. 216, S. 201.

eine Miteigentümer eine Servitut für seinen Anteil am ganzen Grundstück erwerben. Diese Meinung scheitert aber daran, dass in Wahrheit das Miteigentumsgrundstück ideell geteilt ist und denkt man diese Geteiltheit fort, so macht man eine thatsächliche Supposition, die in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Ausserdem bezieht sich eine Servitut, auch wenn ein Grundstück als das herrschende und dienende bezeichnet wird, doch immer auf die Eigentümer des Grundstücks als die Subjekte der Servitut. Eine zu Gunsten eines Miteigentumsanteils auf dem als ungeteilte Einheit gedachten Grundstück lastende Dienstbarkeit würde wegen des nulli res sua servit unmöglich sein, weil die beiden Miteigentümer als die Servitutverpflichteten keine Einheit und dritte Person bilden.

Aber noch aus einem anderen Grunde kann im Falle der l. 26 cit. der Miteigentümer keine servitutischen Rechte an dem Gemeinschaftsgrundstück bezw. an dem Miteigentumsanteil seines Genossen ausüben.

Der Miteigentümer würde nämlich alsdann die in solcher Dienstbarkeit liegende Befugnis und Macht doppelt besitzen, einmal als Miteigentümer und dann als Servitutberechtigter. Denn das Miteigentum ist Eigentum und als solches ein Recht, welches den materiellen Inhalt aller Servituten umschliesst, d. h. die Eigentumsmacht überdeckt die Macht eines Servitutberechtigten.

Ist nun der Miteigentümer eigentumsberechtigt an dem Gemeinschaftsgrundstück, so darf er schon kraft seines Miteigentums dasjenige thun, wozu ihm eine Servitut am Miteigentum verhelfen könnte. Die Servitut würde im Miteigentumsrecht, von dem sie gar nicht unterscheidbar wäre, aufgehen und durch dasselbe absolviert werden.

Glück[1]) sucht diesem Einwand durch folgende Ausführung zu begegnen, um im beschränkten Masse die Möglichkeit der Servitutbestellung für den Miteigentümer an der res communis festzuhalten.

An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen lässt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Teilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde.[2])

Wenn aber der eine Teilhaber seinem Genossen ein solches Recht einräumt, so ist dies ein teilweiser Verzicht auf sein persönliches Benutzungsrecht aus der cummunio, vermöge dessen er dem andern ein Plus an Nutzungsbefugnissen gewährt. Es werden aber nur durch Convention die an sich gleichen Communionsbefugnisse ungleich gemacht.

Diese Prärogative des einen Communionsgenossen kann ihm aber nicht als eine dingliche Grundgerechtigkeit bestellt werden, so dass das Object des präcipualen Rechts des einen Miteigentümers der Miteigentumsanteil desselben wäre, während der Miteigentumsanteil des Berechtigten herrschend wäre.

Hier würde wieder die Regel nulli res sua servit Platz greifen; denn der belastete Miteigentumsanteil gehört dem Besitzer des herrschenden mit, er ist sein zu Miteigentum. Auch wäre die Servitut unstatthaft

---

[1]) Glück a. a. O., IX., S. 7. Ebenso Weiskes Rechtslexikon X, „Servituten" S. 190 f.

[2]) Ebenso mit Berufung auf Glück a. a. O. Das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts, Dresden v. 25. 11. 1844 bei Matthiae, Controversenlexikon des röm. Civilrechts S. 309 XIII sub voce „Servituten" Leipzig 1856.

geteilt, wenn sie nur zu Gunsten des Miteigentumsanteils des Einen errichtet würde.

Endlich können nur Grundstücke, aber nicht ideelle Grundstücksteile Subjekte und Objekte einer Servitut sein. Zur Begründung seiner Ansicht hat sich Glück noch auf L. 10. D. ususfructuarius quemadmodum caveat 7,9 berufen. Allein für Realservituten passt diese Stelle nicht. Wir werden sehen, dass wegen der Teilbarkeit des Usufructus die Frage der Sevituten-Belastung des Miteigentumsgrundstücks zu Gunsten eines der Miteigentümer anders zu entscheiden ist, als bei den Realservituten.

Die obige L. 26 cit. verneint übrigens die Möglichkeit einer Servitut auf dem Gemeinschaftsgrundstück für den einen Miteigentümer nur unter der Voraussetzung, dass das Miteigentumsverhältnis älter ist als die zu begründende Servitut. Andere Stellen des röm. Rechts nötigen nämlich zu der Annahme, dass die Entscheidung des Paulus in l. 26 cit. auf eine während der Dauer der Gemeinschaft zu erwerbende Servitut zu beschränken ist.[1]) Der Umstand, dass der Miteigentümer die actio negatoria gegen seinen Genossen hat,[2]) kann die von uns widerlegte Ansicht nicht unterstützen.

Denn die negatoria setzt zu ihrer Begründung eine angemasste Servitut nicht voraus, sondern nur einen objektiven Eingriff in das Eigentum oder Miteigentum von einiger Dauer und mit dem Charakter der Wiederholung.[3])

---

[1]) Gesterding, Ausbeute u. s w. VI. S. 33. Elvers a. a. O. S. 129.

[2]) Schneider a. a. O. S. 403ff.

[3]) Hesse a. a. O. S. 27. Zimmermann: Ueber den Umfang der actia negatoria im Arch. für pract. Rechtswissenschaft II. S. 309f. S. 316. Marburg und Leipzig 1854.

Wenn also der eine Miteigentümer gegen den andern einen dauernden oder sich wiederholenden Uebergriff in Ausübung des Miteigentümers vornimmt, so kann dagegen vom Beeinträchtigten negatorisch geklagt werden.

Grund dieser Klage ist das Miteigentum. Die vorstehend erläuterte l. 26 cit. entscheidet indessen noch nicht ganz allgemein die Frage, ob ein Miteigentümer unter keinen Umständen eine Servitut am Gemeinschaftsgrundstück erwerben könne, sondern es wird nur diese Frage verneint, wenn der eine Miteigentumsanteil der herrschende, der andere der dienende sein soll. Nun ist aber ein anderer Thatbestand der, dass ein Miteigentümer neben seinem Miteigentumsanteil ein Privatgrundstück im Eigentum hat, und alsdann fragt es sich, ob dies letztere als herrschendes nicht eine Servitut gegen das Miteigentumsgrundstück erwerben kann.

Diese Frage wird in der Theorie meist verneint[1]) und zwar mit Recht, denn in l. 6 § 3 D. comm. praed. 8,4 findet sich die bestimmte verneinende Entscheidung.

Si tamen alterae unius propriae sint aedes, alterae communes, neutris servitutem vel acquirere vel imponere me posse, Pomponius libro octavo ex Sabino scripsit. Allerdings fehlt die Begründung.

---

[1]) Arndts Lehrb. der Pandekten § 183 S. 298. Puchta Vorlesungen über das heutige röm. Recht I § 189, 190. 4. Aufl. Leipzig 1854. — Vangerow a. a. O. I § 340, S. 811c — Hartmann in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutchen Privatrechts XVII S. 92f. (N. F. V). — David von der Unteilbarkeit der Servituten S. 35. Inaug. Dissert. Tübingen 1887. Verneint ist die Frage auch in einem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel v. 17. 3. 1836 bei Matthiae a. a. O. S. 309f.

Hartmann[1]) a. a. O. S. 92f. erklärt die Unmöglichkeit der Servitutbestellung aus dem formalen Grunde, dass bei einer gemeinschaftlichen Sache, welche einer Prädialservitut unterworfen werden sollte, alle Eigentümer mitwirken müssten. Niemand könne aber in einer Person zugleich als Mitbesteller und als Erwerber der Servitut auftreten. Allein dieser Grund kann, wenn er auch zutreffend[2]) ist, nicht als ausreichend gelten[3]). Er erfasst nicht die einseitigen Erwerbsarten, bei denen es einer Mitwirkung nicht bedarf, wie Usucapion u. dergl. Es sind vielmehr materielle Gründe, welche die Servitut des Miteigentümers zu Gunsten seines Privat-

[1]) Ebenso Weiskes Rechtslexikon a. a. O. S. 192.
Elvers a. a. O. S. 128f.
Steinlechner a. a. O. S. 217.

[2]) Vangerow a. a. O. § 340. S. 810.

[3]) Die Unmöglichkeit, dass der Miteigentümer für sein Sondergrundstück eine Servitut auf dem gemeinsamen Grundstück erwirbt, lässt sich eher noch aus folgenden Gesichtspunkten ableiten. Der Erwerb der Servitut seitens des Miteigentümers auf dem gemeinschaftlichen Grundstück enthält eine Belastung des letzteren. Diese Belastung ist jedoch ein Eingriff in das Verfügungsrecht des anderen Eigentümers, und so wenig ein Miteigentümer das gemeinschaftliche Grundstück einseitig verpfänden darf, darf er es auch zu seinem eigenen Gunsten mit Servituten beschweren. Die Servitutbelastung ergreift stets das ganze Prädium bezw. alle an demselben Eigentumsberechtigten. Es ist deshalb nur derjenige imstande, eine das Grundstück belastende Verfügung zu treffen, welcher Alleineigentümer derselben ist, nicht aber der, welcher als condominus noch einen Partner neben sich hat. Vergl. Freys Unteilbarkeit der Servituten S. 14. Steinlechner a. a. O. II § 38 S. 207ff. S. 214. Es muss aber bei dieser Deduction daran festgehalten werden, dass es noch ganz andere Gründe giebt, aus denen der Miteigentümer für seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Grundstück eine Servitut nicht erwerben kann. Ein derartiger Erwerb könnte deshalb selbst dann nicht Platz greifen, wenn auch beide Miteigentümer zustimmen. Vergl. Gesterding a. a. O. S. 28.

grundstücks auf dem praedium commune hindern, nämlich die Unteilbarkeit der Realservitut und die Unmöglichkeit einer solchen an eigner Sache.[1])

Will der Miteigentümer für sein Peculiargrundstück auf dem Gemeinschaftsgrundstück, dessen cond minus er ist, eine Servitut erwerben, so müsste dieser Erwerb von ihm selbst gemacht werden; denn als Miteigentümer ist er Subjekt des ganzen ungeteilten Eigentumsrechts. Die Servitutherrschaft und Servitutbelastung würden sich in der Person des Miteigentümers begegnen, wollte dagegen der Miteigentümer für sein Privatgrundstück an dem ideellen Eigentumsanteil seines Miteigentumsgenossen eine Realservitut erwerben, so wäre dies unmöglich:

1. Weil Realservituten nicht auf ideellen Eigentumsanteilen, sondern nur auf ganzen Grundstücken lasten können.[2])
2. Weil die Servituten unstatthaft geteilt werden würden,[3]) wenn sie nur auf die ideelle Eigentumshälfte des condominus gelegt würden.

---

[1]) Steinlecher a. a. O. S. 215 sucht vergebens diese Gründe zu beseitigen und anstatt ihrer die Unmöglichkeit des Miteigentümers, mit sich selbst bei Bestellung der Servitut zu contrahieren, als den einzigen Grund hinzustellen. Er führt die Möglichkeit an, dass wirklich jemand eine Servitut, an der ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Sache oder für dieselbe haben kann, L. 27 D. de serv. praed. rust. 8, 3 proprio fundo per communem servitus deberi potest. Diese Möglichkeit ist aber nur zuzugeben, wenn das Miteigentum später entsteht als die Servitut, dagegen kann bei schon bestehendem Miteigentum die Servitut für sein Privatgrundstück nicht erworben werden.

[2]) Siehe auch hierüber das Urteil des obersten Landesgerichtshofs für Bayern v. 7. 4. 1881 in Seuff. Arch. N. F. XI., S. 397.

[3]) Ueber das Prinzip der Unteilbarkeit der Realservituten vergl. Vangerow a. a. O., § 340, S. 810, Note 1. — Girtanner de dividua quae est praediorum servitutibus natura, Heidelberg

Glück[1]) hat behauptet:

„Es kann die eigene Sache des Miteigentümers der gemeinschaftlichen, sowie die gemeinschaftliche Sache der eigenen dienstbar sein."

1847. — Puchta Vorlesungen I § 178. Heinzelmann a. a. O., §§ 6—8. — Windscheid Lehrbuch I, S. 628. David a. a. O. Anwendung des Prinzips L. 8, L. 11, L. 17, D. de serv. 8, 1 — L. 14, § 1, D. de adim. leg. 34, 4. — L. 1, § 9, L. 7, L. 80, § 1, D. ad leg. Falc 35, 2 — L. 72, pr. D. d. V. O. 45, 1. — L. 13, § 1, D. de. accept. 46. 4. Die Gründe der Unteilbarkeit bestehen darin, dass das dienende und das herrschende Grundstück die Subjekte des Servitutsrechts sind, weshalb Recht und Last auf allen Teilen des dienenden Grundstücks ruhen und allen Teilen des herrschenden zustehen. Es muss also auf der aktiven und passiven Seite ein ganzes Grundstück stehen, und es würde eine unzulässige Teilung bedeuten, wenn Recht und Last auf ideelle Miteigentumsanteile bezogen würde. Eine geteilte Realservitut könnte nicht ungemindert ausgeübt werden. Die Handlung, zu der eine affirmative Servitut berechtigt, ist ebenso unteilbar, wie die Unterlassung, zu der eine negative Servitut den Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet. Eine Consequenz der Unteilbarkeit ist es, dass die dem Miteigentumsgrundstück des A. und B. gegen das Grundstück des C. zustehende Activservitut von A. und B. in solidum ausgeübt und so auf beide bezogen wird. Eine weitere Consequenz ist, dass, wenn das mit einer Realservitut herrschende Grundstück in mehrere Teile parcelliert wird, jedem Teil dieses Grundstücks die gleiche Dienstbarkeit wie dem früher ungeteilten Grundstück zusteht. S. Urteil des obersten Landesgerichtshofs in Bayern v. 17. 11. 1893 in Seuff. Arch. N. F. XX S. 13. — Auch Zweck und Bedürfnis der Realservitut ist unteilbar und diese selbst, worauf David a. a. O, S 72 ff. hinweist. Wäre die Realservitut teilbar, so müsste sie auch auf ein anderes Grundstück übertragbar sein; denn der abgetrennte Teil wäre doch eine selbständige Servitut. Realservituten lassen sich aber von dem Grundstück, für welches sie ursprünglich bestellt oder erworben sind, nicht ablösen und nicht auf ein anderes Grundstück übertragen. Puchta a. a. O. I, § 178, S. 380 (4. Aufl.) und zwar weder dem Rechte noch der Ausführung nach.

[1]) Glück a. a. O., S. 7 f.

Indessen sagt die hierfür von ihm in Bezug genommene l. 27 pr. D. de serv.. praed. urb. 8, 2 hiervon nichts. Die Stelle unterscheidet 2 Fälle.

1. A. hat ein Sondergrundstück und mit B. ein Gemeinschaftsgrundstück. Von letzterem geschieht in ersteres eine unrechtmässige Immission, dem beeinträchtigten A. wird gegen B. als Miteigentümer ausser der Negatorienklage[1]) das Recht gegeben, die schädigende Anlage auf dem Gemeinschaftsgrundstück zu beseitigen.

2. Die gleichen Rechtsbehelfe finden für B. statt, wenn die Immissionen vom Sondergrundstück des A. aus auf das Gemeinschaftsgrundstück erfolgen.

Dieselben Gründe, aus denen das Gemeinschaftsgrundstück zu Gunsten des Privatgrundstücks eines condominus meist mit einer Servitut belastet werden kann, sprechen auch für die Unmöglichkeit einer Beschwerung des Privatgrundstücks eines condominus mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks.

Es würde auch hier der Eigentümer des Privatgrundstücks in der unzulässigen doppelten Rolle eines Servitutberechtigten und Servitutbelasteten erscheinen, oder es würde die Servitut unstatthaft geteilt werden, wenn sie nur dem einen Gemeinschafter zustehen sollte.

Soweit nach Vorstehendem der Miteigentümer eine Realservitut auf dem gemeinschaftlichen Grundstück nicht erwerben kann, sind hierauf abzielende Rechtsgeschäfte nichtig.[2])

[1]) Gesterding a. a. O., S. 35 hält die gegebene Klage für die actio communi dividundo. Diese Klage scheint indessen in der Stelle nicht gemeint zu sein. Sie würde aber doch mit der negatoria konkurrieren und denselben Erfolg haben.

[2]) L. 19 D. de serv. praed. rust. 8,3. L. 11 D. de serv. 8, 1. L. 136, § 1 D. de verb. obl. 45, 1. Freys a. a. O., S. 15.

§ 5.

Im bisherigen ist verneint worden, dass der Miteigentümer, sei es für sein Privatgrundstück, sei es für seinen intellectuellen Anteil, auf dem Gemeinschaftsgrundstück eine Realservitut erwerben könne.

Die Gründe hierfür waren:

Die causa individua der Realservitut, die Rechtsregel nulli res sua servit, die Unmöglichkeit mit sich selbst zu contrahieren und die Unvereinbarkeit der Servitutbelastung des praedium commune zu Gunsten des einen Genossen mit seinem Miteigentum.

Wenn danach auch der Miteigentümer bei schon bestehender Gemeinschaft eine Realservitut neu zu erwerben gehindert ist, so fragt es sich doch, ob überhaupt der Zustand rechtlich unmöglich ist, dass ein Miteigentümer am gemeinsamen Grundstück eine Realservitut zwar nicht neu erwirbt, sie aber doch besitzt und ausübt.

Dieser Fall würde namentlich dann vorliegen, wenn die Servitut älter ist, als das später erst entstandene Miteigentum.

Es ist diese Frage zu bejahen; denn hier sind die oben angeführten Gründe teilweise überhaupt nicht anwendbar, teils werden sie gekreuzt und beseitigt durch andere Rechtsprinzipien.

Zunächst ist der Fall der l. 30, § 1, D. de servit. praed. urb. 8,2 zu betrachten, welcher lautet:

Si partem praedii nactus sim, quod mihi, aut cui ego serviebam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. Itaque si praedia mea praediis tuis serviant, et tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus.

Thatsächliche Voraussetzung dieser Stelle ist nicht, dass der Miteigentümer, der das Miteigentum schon

hatte, eine Prädialservitut auf dem gemeinsamen Grundstück erwirbt, sondern es erwirbt jemand Miteigentum, auf welchem sich bereits verschiedene Servitutverhältnisse vorfinden.

Hier kann die Frage nur lauten, ob die vorfindliche Servitut fortbesteht, oder aber, ob sie untergeht. In letzterem Falle kommt es auf die Gründe an, aus denen entstandene Servituten erlöschen.

Die l. 30 D. 1 cit. enthält zwei Thatbestände. Im ersten Satz erwirbt A. den ideellen Anteil eines Grundstücks.

Gegenüber diesem letzteren hat A. eine aktive Realservitut für sein Privatgrundstück oder, wie unter Veränderung des Falles angenommen wird, das Grundstück, dessen Miteigentnm A. erwirbt, hatte schon zuvor eine aktive Realservitut auf dem Privatgrundstück des A. Es fragt sich, ob bei dem Zusammentreffen von Servitut und Miteigentum in der Person des A. die Servitut erlischt[1]) und zwar insbesondere durch Confusion. Diese Frage wird von Paulus verneint, und zur Begründung angeführt, dass die Servitut per partes retinetur.

Die Anschauung ist hier folgende:

Wenn A. für sein Privatgrundstück eine Servitut an dem Grundstück des B. hat und A. erwirbt einen ideellen Anteil des letzteren, so würde man meinen können, die Servitut müsste, soweit sie auch die ideelle Miteigentumshälfte trifft, durch Confusion erlöschen. Dieselbe Servitut müsste untergehen, weil nun der Be-

[1]) Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit, wie l. 1 D. quemadm. serv. 8, 6 sagt. Vergl. weiter über den Grund der Confusion l. 31 de s. p. r. 8, 3; quia quum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent.

rechtigte und Verpflichtete eine Person sind. Allein dies trifft nicht zu, servitus retinetur, d. h. die Servitut bleibt bestehen, und diesen Fortbestand der Servitut bewirken die partes, d. h. die Zerlegung des dienenden Grundstücks in zwei ideelle Hälften bewirkt, dass die Servitut durch die Hälfte des B., dem gegenüber eine Confusion nicht wirksam wird, gerettet wird,[1]) und zwar dies auch zu Gunsten des A. Der Grund des retinere per partes ist auch hier das Unteilbarkeitsprinzip, welches es verhindert, dass eine Servitut zum Teil untergeht.

Aehnlich verhält es sich, wenn das Grundstück, dessen Miteigentum A. erwirbt, schon vorher eine Servitut auf dem Privatgrundstück des A. besass. Der durch die Gemeinschaftlichmachung des herrschenden Miteigentumsgrundstückes ausgeschiedene ideelle Anteil des B. ist es, welcher von der Confusion nicht getroffen wird, und diese deshalb wegen Unteilbarkeit der Realservitut auch für A. ausser Wirksamkeit setzt.

Wenn nach Vorstehendem der eine Miteigentümer für sein Privatgrundstück eine Servitut an dem Gemeinschaftsgrundstück, dessen Miteigentum er später erwarb, hat, so übt er diese Servitut auf dem Grundstück ganz aus, und die Art der Ausübung ist dieselbe wie früher, d. h. wie vor dem Erwerb des Miteigentums. Die Ausübuug wird also nicht durch das entstandene Miteigentum geschmälert; denn die Servitut ist unteilbar.

Die Ausübung der Servitut wird unter den Miteigentümern nicht gemeinschaftlich.[2])

[1]) Dem B. gegenüber kann nicht davon gesprochen werden, dass der Servitutberechtigte und Verpflichtete eine Person sei. Vergl. Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach röm. Recht S. 6 u. 7. Inaug. Diss. Berlin 1884.

[2]) Ueber den Vorsprung und die praktischen Vorteile, die dem einen Miteigentümer die Ausübung der Servitut gewährt, vergl. Steinlechner a. a. O., II, § 42 a. f., S. 239. Der ser-

Nach demselben Prinzip der durch die Unteilbarkeit der Servitut hintertriebenen confusio ist der Thatbestand im zweiten Satz der l. 30, § 1 cit. zu beurteilen. Hier wird eine dem Grundstück des A. gegen das des B. zustehende Servitut in die Situation gebracht, dass A. das Miteigentum des dienenden, B. das des herrschenden erwirbt.

Für A. ist die Servitut nicht durch Confusion erloschen, weil sie in der Person des zum Miteigentümer des herrschenden Grundstücks gewordenen B., den die Confusion insoweit nicht trifft, conservirt wird. Für B. ist die Servitut nicht durch den Erwerb des Miteigentums des herrschenden Grundstücks seitens des B. gehindert, weil der sonst (d. h. bei Erwerb des Alleineigentums des herrschenden Grundstücks durch B.) eintretende Untergang der Servitut durch Confusion — indem der servitutbelastete B. das Miteigentum des herrschenden Grundstücks erwirbt - aufgehalten wird dadurch, dass der Partner A. die Servitut aufrecht erhält; denn bei ihm tritt keine Confusion dadurch ein, dass der servitutbelastete B. Miteigentümer des herrschenden Grundstücks wird.[1])

---

vitutberechtigte Miteigentümer kann nämlich gewisse in der Servitut liegende Befugnisse auch gegen den Willen seines Miteigentumsgenossen ausüben.

[1]) Wenn im Vorstehenden wegen der retentio servitutis pro parte dieselbe für beide Miteigentumsgenossen aufrecht erhalten bleibt, so zeigt sich die Wirkung darin, dass die Miteigentümer nicht in ihrer Eigenschaft als solche, sondern als Servitutberechtigte die Handlungen vornehmen, die sie in Ausübung ihrer Servitut vollziehen. Hartmann a. a. O., S. 91 ff. David a. a. O., S. 36.

Die Servitut ist dem Miteigentümer nicht etwa unnützlich und zwecklos, sondern sie enthält eine teilweise Bestimmung ihrer Communionsrechte; denn das jus servitutis bestimmt, inwieweit gewisse Handlungen gestattet sind oder nicht. So hat die Servitut

Denselben Fall behandelt die ebenfalls von Paulus herrührende Parallelstelle l. 8, § 1 D. de serv. 8, 1:

Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit.

Neu sind in dieser Stelle die Schlussworte: licet etc.; sie besagen, dass eine Servitut, wenn es sich um deren Neuerwerb handelt, nicht pro parte entstehen und nicht seitens des neuen Miteigentümers für das Gemeinschaftsgrundstück erworben werden kann. Damit bestätigt auch dieser Ausspruch die Verneinung des Erwerbs einer Servitut seitens des Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache.[1])

---

die Funktion, ähnlich wie eine Uebereinkunft die gegenseitigen Competenzen der Miteigentümer, in bestimmten Punkten zu no r mieren und zu begrenzen.

[1]) Die Worte: licet ab initio etc. haben nicht etwa den Sinn, dass die Servitut auf dem nicht erworbenen ideellen Grundstücks-anteil allein oder für denselben erhalten bleibe; denn dies würde in partielles Untergehen der Servitut durch Confusion voraussetzen, welches ausgeschlossen ist. S. Hoche, die Servitutenconfusion S. 27. Inaug. Diss. Freienwalde a./O. 1895. Auch Friedmann a. a. O., S. 7, deutet jene Worte unrichtig, indem er ihnen den Sinn beimisst, da die Servitut durch einen Miteigentümer allein nicht erworben werden könne, könne sie auch durch einen allein nicht verloren gehen. Der unmögliche Erwerb der Servitut durch einen Miteigentümer ist aber nicht der Grund des Verlustes durch einen Miteigentümer; denn der Erwerb einer Servitut steht unter anderen Voraussetzungen und Rechtsregeln, als der Verlust einer solchen. Mit den Worten: licet ab initio soll ausgedrückt werden, dass das Fortbestehen der Servitut unter anderen Bedingungen steht, als ihr Entstehen. Ein gültig entstandenes Servitutrecht fällt nicht dadurch zusammen, dass später eine Voraussetzung eintritt, unter der es, wäre sie gleich anfangs vorhanden gewesen, nicht hätte entstehen können; denn die Regel, dass die Bedingungen der Entstehung eines Rechts während der ganzen Daner desselben

Anders verhält es sich nach der l. 8, § 1, wenn das Miteigentum nicht schon vorhanden ist, und dann der Miteigentümer eine Servitut erwerben möchte, sondern wenn die Servitut bereits vorhanden ist, und erst dann Miteigentumsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, sei es hinsichtlich des herrschenden oder dienenden Grundstücks, entstehen.

Hier gilt die Regel per partes servitus retinetur. Die Confusion wirkt nicht.[1]) Es tritt also nicht eine partielle Confusion ein, sondern gar keine, weil halbe Servituten nicht confundiert werden können.

Manchen Juristen[2]) ist das Unteilbarkeitsprinzip als Hindernis der Confusion nicht ausreichend erschienen, um das per partes retinetur servitus zu erklären. Man meinte, dass, wenn solche retentio per partes eintrete

---

vorhanden sein müssen, ist keine ausnahmslose. Vergl. Freys a. a. O, S. 25. Gesterding a. a. O., S. 29. Die Servitut, welche teilweise nicht entstehen kann, diese, wenn sie einmal entstanden ist, dauert unter Umständen fort, unter denen sie nicht hätte entstehen können.

[1]) non confundi servitutem placet l. 30, § 1, D. de servit. praed. urb. 8, 2.

Der Ausdruck servitus per partes retinetur ist nicht, wie Freys S. 24 meint, ungenau, sondern vielmehr ganz praecis, denn er bedeutet nicht, wie F. annimmt, die Servitut werde für das ganze Grundstück aufrecht erhalten, sondern die Servitut werde durch den Anteil — per partes — des einen Miteigentümers conserviert und dann allerdings für das ganze Grundstück.

[2]) Ihering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik, S. 450, findet den Grund des Fortbestehens der Servitut nicht in der unterbliebenen Confusion, sondern in dem Umstand, dass die Servitut nach Eintritt der partiellen Confusion ihren Zweck noch nicht erreicht habe. Dies ist verfehlt. Einmal ist eine partielle Confusion nicht eingetreten, sondern im Gegenteil die Confusion fern gehalten, und sodann ist die Erreichung eines materiell ökonomischen Zweckes nicht geeignet, juristischen Consequenzen Einhalt zu thun.

und die Servitut nicht partiell erlöschen könne, so sei es auch nicht möglich, dass die Servitut ganz untergehe.[1])

Allein dies ist kein retinere servitutem per partem. Man übersieht, dass die Confusion nicht einmal partiell eintritt, weil sie sich an dem Unteilbarkeitsprinzip bricht, dass sie vielmehr ganz ausser Kraft gesetzt wird[2]), und dass es damit an jedem Grunde fehlt, die

[1]) S. Steinlechner a. a. O., S. 233. Eine Anzahl anderer Schriftsteller erklärt sich für den partiellen Untergang der Servitut wegen der l. 8, § 1, D. de serv. 8, 1. Siehe dieselben bei Hoche S. 26.

[2]) Anderer Meinung ist Hoche a. a. O., S. 28, Note 72, der die Servitut durch eine partielle Confusion zum Teil untergehen lässt, sodass also nur noch das solidarische Servitutrecht des andern Miteigentümers fortbestände. Diese Ansicht würde auf der Behauptung fussen, dass Realservituten teilweise erlöschen können. Allein wegen der dinglichen Natur der Realservituten erlischt an einer mehreren gemeinsam und solidarisch zustehenden Servitut durch das Wegfallen des einen Servitutberechtigten nichts; die Servitut bleibt ganz erhalten. Ein teilweises Erlöschen der Servitut wäre nur dann möglich, wenn dies substantiell zwischen mehreren Mitinhabern der Servitut geteilt wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Die mehreren Mitinhaber sind nur in solidum, jeder für sich Subjekt des ganzen einheitlichen Servitutrechts, und deshalb kann nur das eine Subjekt fortfallen, unbeschadet der objektiven Integrität und Fortdauer des Servitutrechts. Durch Confusion kann aber bei vorhandenem Miteigentum nicht einmal der eine Miteigentümer sein Servitutrecht verlieren, weil er es durch die Confusion unerschütterten Miteigentumsverhältnisses in dem Moment des Verlustes als dominus wiedergewänne, und dies wird ausgedrückt durch retinetur servitus per partes. — Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrecht, S. 303, Hannover 1808, meint, das Nichterlöschen der Servituten bei teilweiser Confusion sei eine Ausnahme von der Unteilbarkeit, indem zufolge letzterer die ganze Servitut eigentlich erlöschen müsse; da die Servitut nicht erlischt, soll die sonst diese Folge habende Unteilbarkeit ausser Wirkung gesetzt sein. Das Verhältnis ist jedoch gerade umgekehrt. Die Unteilbarkeit hindert den Untergang.

Servitut ganz erlöschen zu lassen. Deshalb ist Steinlechner's Deduktion (a. a. O. S. 233) hinfällig: „Die Servitut kann nur für das ganze Grundstück resp. an dem ganzen begründet werden, sie kann mithin auch nur für das ganze fortbestehen, muss also, wenn ein Teil des Grundstücks, weil ein eigener geworden, der Servitut nicht mehr fähig ist, verloren gehen."

Der Fall, dass „ein Teil des Grundstücks, weil ein eigener geworden, der Servitut nicht mehr fähig ist," tritt gar nicht ein.

Teile eines Grundstücks, es mögen reelle oder ideelle sein, sind überhaupt nicht Objekte einer Servitu oder einer solchen fähig. Die Servitut haftet, auch [illegible] ideeller Geteiltheit des Grundstücks, auf dem ganzen Grundstück, nicht aber auf seinen beiden ideellen Hälften.

Deshalb ist es für den Thatbestand der Servitut einflusslos, was mit der einen ideellen Hälfte geschieht und ob der Servitutverpflichtete die ideelle Hälfte des herrschenden Grundstücks erwirbt.

Wenn der Grund der Verhinderung der Confusion das Prinzip der Unteilbarkeit der Realservitut ist, so kann der Erfolg des Erlöschens der Servitut auch nicht nach der Regel eintreten: nulli res sua servit; denn dieselbe ist hier gegenstandslos. Dies ergiebt sich aus der Natur des Miteigentums. Jeder Miteigentümer ist Subjekt des ganzen Eigentumsrechts am Grundstück; letzteres ist für jeden Miteigentümer ein eigenes und zugleich ein fremdes.

Die Voraussetzung ist irrig, dass wegen der Unteilbarkeit, wenn die Confusion einen Teil zum Erlöschen bringe, eigentlich die ganze Servitut untergehen müsse. Die Confusion hat gar keinen Teil zum Untergang gebracht; denn es ist nichts confundiert. — Ebenso Freys a. a. O., S. 24.

Wenn nun das dienende oder das herrschende Grundstück der beiden condomini miteigentümlich wird, so kann die Servitut nicht durch die Regel nulli res sua servit zum Erlöschen gebracht werden. Denn das Grundstück ist für den einen Miteigentümer nicht nur ein eigenes, sondern gleichzeitig ein fremdes,[1]) mit Rücksicht auf das Miteigentumsrecht seines Genossen. Man kann also nicht das Miteigentumsgrundstück für eine res sua des einen Miteigentümers erklären und die Servitut nach der Regel nulli res sua servit behandeln.

Erlischt hiernach die vorhandene Servitut nicht durch Entstehuug späteren Miteigentums, des Berechtigten und Verpflichteten in Bezug auf das herrschende oder dienende Grundstück, so erleidet die so conservierte Servitut doch die Modification, dass ein neuer Berechtigter als Subjekt der Servitut eintritt, der sie correal neben dem früher Berechtigten ausübt. Wird also der Eigentümer des dienenden Grundstücks Miteigentümer des herrschenden, so wird der Eigentümer des letzteren zugleich mitberechtigtes Subjekt der vorhandenen, auf seinem eigenen Grundstück lastenden Servitut.

Dennoch steht dem Eigentümer des dienenden Grundstücks der Satz nulli res sua servit nicht im Wege, weil er die Servitut nur zugleich n e b e n seinem Partner, dem Miteigentümer des herrschenden Grundstücks, hat und für ihn allein die Servitut durch jenen Satz nicht zum Erlöschen gebracht werden kann. Der letztere tritt vielmehr ganz ausser Anwendung, weil er

---

[1]) Gesterding a. a. O. S. 25 ff. Hartmann a. a. O. in Iherings Jahrbüchern XVII S. 92 meint mit Bezug auf dies Verhältnis, die l. 30 § 1 D. de serv. praed. urb. 8,2 statuiere „unter Umständen eine Servitut an der partiell eigenen Sache". — David a. a. O. S. 36.

gegen den anderen Miteigentümer des herrschenden Grundstücks und Mitinhaber der Servitut nicht wirken kann; denn für diesen ist das servitutbelastete, seinem condominus gehörige Grundstück eine res aliena.[1])

Dass nur die Unteilbarkeit der Realservituten, verbunden mit den aus dem Wesen des Miteigentums folgenden Grundsätzen, die Aufrechterhaltung der Servitut bewirkt, tritt klar zu Tage in der l. 34 pr. D. de serv. praed. rust. 8,3:

— si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes per partes retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest. Quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedio debetur, neque acquiri libertas, neque remitti servitus pro parte poterit.

A. hat gegen B., B. gegen A. eine Servitut; beide setzen sich wechselseitig für ihre Grundstücke zum Miteigentümer ein. Die Servituten dauern nach den bis-

---

[1]) Der Grund der Regel res propria nemini servit beruht auf der für die Entstehung einer Dienstbarkeit aufgestellten Bedingung des Vorhandenseins von zwei getrennten selbständigen Grundstücken. So lange dieselben unter einem Herrn vereinigt sind, können sie einander nach obiger Regel nicht dienen, und erst sobald durch Eintritt zweier verschiedener Herren dies prinzipielle Hindernis beseitigt worden ist, ist die Bestellung einer Servitut möglich. S. Urteil des obersten Landgerichtshofes für Bayern v. 1. 10. 1880 in Seuff. Arch. N. F VII, S. 23 f. Durch die spätere Entstehung des Miteigentums bei schon früher vorhandener Servitut wird noch nicht das Verhältnis hergestellt, dass das Miteigentumsgrundstück zur ideellen Hälfte in die Hand des mit seinem Sondergrundstück herrschenden Servitutberechtigten gekommen ist. Dazu würde erforderlich sein, dass der Servitutberechtigte nicht Miteigentum, sondern Alleineigentum an dem servitutbelasteten Grundstück erwirbt.

herigen Erörterungen fort, jeder der Miteigentümer übt sie als correus aus.[1])

A. möchte dem B. die eine Servitut erlassen. Dies wird für nicht ausführbar erklärt, weil es eine remissio servitutis per partem oder pro parte sein würde. A. würde nämlich versuchen, die Servitut, deren herrschender Inhaber neben ihm B. ist, zu seinem, des A. Solidaranteil, dem B. zu erlassen. Dies ist aber trotz der Solidarität der Servitut, vermöge deren jeder sie ganz hat (unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur), unstatthaft. Denn verzichtet A. auf seinen Solidaranteil an dem Servitutrecht, so wird dasselbe doch durch B. conserviert, der aus eignem Recht solidarisch Mitservitutberechtigter ist. Bleibt aber deswegen trotz des Verzichtes die Servitut fortbestehen, so fällt sie auch sofort dem A. wieder zu; denn alle Servituten, die dem von A. und B. gemeinsam besessenen Grundstück zustehen, sind wegen des Miteigentumsverhältnisses gemeinsam.[2])

Wenn mithin A. dem B. die Servitut erlässt, so fällt dieselbe in demselben Augenblick aus der Person des B., der sein solidarisch besessenes Servitutrecht nicht aufgegeben hatte, an A.; denn alles, was A. hat,

[1]) Die Servitut bleibt eine, jedoch ist jeder Teilhaber Subjekt dieses Servitutrechts. S. Steinlechner a. a. O. II § 37. S. 203.

[2]) Unrichtig meint Elvers a. a. O., S. 131: es könne der eine Miteigentümer auf die Servitut an dem dienenden, ebenfalls gemeinsamen Grundstück nicht verzichten, weil ein Miteigentümer niemals nur für seinen ideellen Anteil zu verzichten vermöge. Denn wenn ein Miteigentümer auf eine Servitut verzichtet, so verzichtet er nicht auf einen ideellen Anteil derselben, sondern auf die ganze Servitut, die ihm in solidum neben seinem Genossen gehört. Dieser Verzicht lässt aber die Servitut unerschüttert, weil der andere Miteigentumspartner nicht mit verzichtet hat, und sie deshalb bestehen bleibt. Nur ein gemeinsamer Verzicht aller condomini vermag deshalb die Servitut objektiv zum Erlöschen zu bringen. S. Weiskes Rechtslexikon X S. 198.

hat auch B. Der Verzicht des A. wäre nur wirksam, wenn es sich nicht um ein dingliches Miteigentumsverhältnis handelte und wenn das Servitutrecht dem verzichtenden A. nicht als ein dingliches, auf das Miteigentumsgrundstück radiciertes Recht zustände, sondern wenn die Servitut ein persönliches Recht wäre. Allein die Sache verhält sich anders; non personae sed praedia debent servitutem.

Es fragt sich, ob die bisher gefundenen Resultate nicht durch die l. 27 D. de serv. rust. 8, 3 erschüttert werden, welche lautet:

Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus exstinguitur, quia par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit. At si proprio fundo meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus, quia proprio fundo per communem servitus deberi potest.

Die Stelle enthält zwei Thatbestände. Im ersten Satz steht dem gemeinschaftlichen Grundstück des A. und B. als dem herrschenden ein ius servitutis an dem Grundstück des C. zu. Nunmehr erwerben A. und B das dienende Grundstück des C. Es geht alsdann die Servitut zu Grunde.

Im zweiten Satze haben A. und B. jeder für sein Grundstück eine Servitut auf dem Grundstück des C.; z. B. A. eine Wegeservitut, B. eine Lichtservitut. A. und B. kaufen nun das Grundstück des C. Dasselbe wird also ihr Miteigentum, die Servitut dauert fort.

Was den ersten Fall anlangt, so sind A. und B. durch den Ankauf des dienenden Grundstücks dessen Miteigentümer geworden.

Gleichzeitig ist die Servitut durch Confusion erloschen; deren Recht und Servitutlast treffen in denselben Personen zusammen.

Vor dem Ankauf des dienenden Grundstücks stand dem A. und B. die Servitut in solidum auf dem ganzen Grundstück des C. zu. Nach dem Ankauf hat sowohl A. wie B. jeder in solidum die Servitutlast des C. übernommen, Recht und Pflicht steht nunmehr einer und derselben Person zu, man mag den A. oder B. betrachten. Von einer retentio servitutis pro parte kann keine Rede sein, weil die Rechtslage beider, des A. und B., ganz dieselbe ist.

Die Servitut, soweit sie in solidum dem A. zustand, geht nach dem Ankauf unter, weil A., nunmehr Miteigentümer geworden, sowohl dem B. als auch sich selbst als Servitutberechtigter gegenübertritt.

Dadurch erlischt zunächst die Servitut, soweit sie A. zusteht. Allein auch durch B. wird die Servitut nicht gerettet. Denn durch den Ankauf ist auch hinsichtlich des B. die Wirkung eingetreten, dass B. als Servitutberechtigter sich selbst als dem Servitutverpflichteten gegenüber steht; auch das Servitutrecht, soweit es B. gebührte, confundiert also.

Weder A. noch B. kann einer für den andern per partem retinere servitutem, weil das Servitutrecht in der Person jedes von beiden von der Confusion getroffen[1]) wird. Das früher herrschende und das zugekaufte Grundstück des B. sind durch den Ankauf gleichsam ein Ganzes geworden[2]), und dieser als Einheit zu betrachtende Complex kann sich nicht selbst dienstbar sein; denn eine Servitut setzt zwei selbständige, d. h. in dem Eigentum verschiedener Personen stehende Grundstücke voraus: nulli res sua servit.

---

[1]) „Es bleibt da überall nicht mehr ein Teil übrig, mit Rücksicht auf welchen die Servitut aufrecht bestehen könnte.
Steinlechner II, S. 237 f.

[2]) Weiskes Rechtslexikon a. a. O., S. 192. Elvers a. a. O., S. 131.

Dies trifft hier nicht zu. Denn das herrschende Grundstück gehört dem A. zu Eigentum, und ebenso gehört das angekaufte dem A. und B. zu Eigentum. Es fehlt mithin die für die Servitut benötigte Differenzierung der Subjekte des Rechts und der Last. Dächte man die Servitut nach dem Ankauf als fortbestehend, so würden A. und B. correaliter gegen A. servitutberechtigt sein, und eben dies wären A. und B. gegen B. A. wäre gegen A. und B. und ebenso B. gegen A. und B. servitutverpflichtet.

In allen Beziehungen begegnet sich mithin Recht und Pflicht, es bleibt für keinen der Partner ein selbständiges Servitutrecht, dem nicht seine eigene correspondierende Servitutpflicht gegenüberträte.

Der zweite Fall der l. 27 cit. wird dahin entschieden: manebit servitus.

Diese Entscheidung verharrt also bei der Regel, dass die Servitut nicht untergeht, wenn sie älter ist als das erst später entstandene Miteigentum. Denn hier ist die Sachlage so, das A. gegen C. und B. gegen C., ein jeder für sein Privatgrundstück eine Servitut hat.

Zwischen A. und B. entsteht nun später Miteigentum, indem A. und B. das dienende Grundstück des C. unter Aufrechterhaltung des Sondereigentums an ihren Privatgrundstücken, als den herrschenden, ankaufen, also zu Miteigentum erwerben. Die Servituten bleiben fortbestehen, sie lasten nunmehr auf dem Gemeinschaftsgrundstück. Ein solcher Zustand ist rechtlich möglich. Zwar kann kein Miteigentümer für sein Privatgrundstück eine Servitut an dem Miteigentumsgrundstück neu erwerben, etwas anders ist es aber, wenn die Servitut schon bestand und dann erst das belastete Grundstück in das Miteigentum fiel und gemeinschaftlich wurde. Die bestehende Servitut erlischt hier nicht, sondern sie dauert

auf dem zum Miteigentum gewordenen Grundstück fort vermöge der Regel servitus per partes retinetur.

Denn soweit dem Miteigentümer A. für sein Privatgrundstück an dem nunmehrigen, dem A. und B. gemeinschaftlichen Grundstück eine Servitut zusteht, kann sie nicht confundieren, weil A. allerdings servitutberechtigt und servitutverpflichtet ist, aber auch B. gegen A. wegen dieser Servitut in solidum mitservitutberechtigt ist.

Die solidarische Servitutberechtigung des B. auf dem Privatgrundstück des A. bleibt bestehen, weil B. nur servitutberechtigt, aber nicht verpflichtet ist, eine confusio mithin nicht eintritt.

Die in solidum fortbestehende Servitut des B. conserviert aber auch die Servitut für A. und verhindert deren Untergang durch Confusion.

Da die Servitut kein geteiltes, sondern ein ungeteiltes und unteilbares Recht ist,[1]) so konnte sie nicht zum Teil in der Person des A. durch Confusion erlöschen, und die logische Folge dieses Nichterlöschens ist der Fortbestand auch für A. Denn was nicht untergeht, besteht.[2])

Ganz ebenso ist die Servitut zu behandeln, die dem B. für sein Privatgrundstück an dem gemeinschaftlich gewordenen Grundstück zusteht.

Der Jurist kann also im zweiten Falle der l. 27 cit. die Regel geben: proprio fundo per communem servitus deberi potest, d. h. es kann kein Miteigentümer für sein Privatgrundstück eine Servitut neu erwerben, wohl aber

---

[1]) Freys, a. a. O. S. 18.

[2]) Vergl., was Gesterding a. a. O., S. 92 von der Servitut, die wegen ihrer Unteilbarkeit nicht teilweise erlöschen kann, bemerkt: Sie dauert fort, weil sie nicht aufhören kann. Ganz dauert sie fort!

ist der Zustand denkbar, dass das Gemeinschaftsgrundstück zu Gunsten eines Sondergrundstücks des Miteigentümers mit einer Servitut belastet ist (deberi), falls nämlich die Servitut eher da war und das Miteigentum des belasteten Grundstücks erst später — hier durch gemeinschaftlichen Ankauf des belasteten Grundstücks-entstanden ist.[1])

Die beiden Entscheidungen in der l. 27 cit. erklären sich also zwanglos aus den Prinzipien des Miteigentums und der Confusion, ohne mit den sonstigen Resultaten der Quellen in Widersprnch zu treten.

Die Entscheidung l. 27, Satz 1 steht nicht im Widerspruch mit derjenigen in l. 8, § 1 D. de serv. 8, 1 und l. 30, § 1 D. de s. p. u. 8, 2; denn in diesen Fällen erwirbt nur der eine Miteigentümer das Miteigentum, in l. 27, Satz 1 aber beide gemeinschaftlich, die Thatbestände sind also verschieden.[2])

Auch besteht keine Antinomie zwischen l. 27, Satz 1 und der l. 34 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3.

Die Thatbestände sind auch hier verschieden. In l. 27 cit. kaufen beide Miteigentümer das dem Gemeinschaftsgrundstück dienende Grundstück eines Dritten an, die Servitut erlischt dann durch Confusion.[3])

Im Falle der l. 34 pr. D. cit. besteht noch kein

---

[1]) In diesem Sinne verstanden, sind die Worte quia proprio fundo per communem servitus deberi potest nicht mit Steinlechner II S. 234 Note 6 für ein idem per idem zu halten.

[2]) Muther. In fr. VI, com. praed. commentatio. Erlangen 1858. S. 42—45 versucht die Ausführung: die l. 30, § 1 behandele die Frage der Confusion bei einer communio pro diviso, die l. 27 cit. dagegen bei einer communio indivisa. Diese Ansicht verändert willkürlich und grundlos das Sachverhältnis.

[3]) Der Erfolg ist genau derselbe, wie wenn ein Alleineigentümer das ihm servitutverpflichtete Grundstück ankauft. Hoche a. a. O., S. 31. Steinlechner II, S. 237.

Miteigentum zwischen A. und B., sondern je auf ihren beiden Privatgrundstücken ruhen wechselseitig Servituten. Dann erst entsteht durch Gemeinschaftlichmachung der beiden Privatgrundstücke unter A. und B. Miteigentum. Die Servitut bleibt bestehen, es tritt keine Confusion ein; denn die Servitut ist älter als das Miteigentum, sie wird per partem jedesmal durch den Partner des ins Miteigentum des Grundstücks Aufgenommenen retiniert.

Dies ist im Fall der l. 27 cit. nicht möglich; denn der Ankauf des servitutsbelasteten sempronianischen Grundstücks geschieht gemeinschaftlich, bei beiden Miteigentümern erfolgt das Miteigentum des angekauften Grundstücks gleichzeitig. Keiner nimmt de Andern ins Miteigentum auf, es stehen sich sofort das Recht und die Last der Servitut gegenüber, so dass Confusion eintritt.

Hier sei noch die Ausführung Steinlechners a. a. O., II, S. 238 wiedergegeben:

Während in l. 30 D. cit. und l. 34 cit. der eine Miteigentümer die Sache schon besass, bevor der andere das Miteigentum an derselben erworben, jener also der Auctor dieses ist, daher mit Bezug auf den Teil des Auctors die Servitut fortbestehen kann, leiten in l. 27 cit. beide Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das Eigentum am dienenden von einer dritten Person ab, die dasselbe ganz aufgegeben, daher keinen Teil mehr übrig gelassen hat, an welchem die Servitut haften bleiben könnte.

Elvers (a. a. O., S. 130 f.) meint das Erlöschen der Servitut in l. 27 cit. durch die thatsächliche Unterstellung erklären zu können, dass das Miteigentum unter Beibehaltung derselben Miteigentumsquoten auf das andere Grundstück übertragen sei.

Es seien also beide Grundstücke rechtlich zu einem vereinigt worden und deshalb sei der Grund für die Fortexistenz der Servitut beseitigt. Im Falle der l. 30 cit. dagegen seien die Uebergangsacte successiv erfolgt, und es bestehe auch kein Hindernis, ein verschiedenes Miteigentumsquotenverhältnis der beiden Grundstücke zu supponieren.

Diese Ansicht ist unzutreffend. Elvers modelt willkürlich die Thatbestände und gestaltet diese abweichend, um die verschieden ausgefallenen Entscheidungen zu motivieren.

Auch ohne solche Interpretation und Hineintragung von Thatsachen lassen sich die Stellen, wie gezeigt, vereinigen.

Es ist weder erforderlich, vorauszusetzen, dass die Uebertragung in l. 30 cit. sich successiv vollziehe, noch braucht eine Verschiedenheit der Eigentumsanteilsquoten angenommen zu werden.

§ 6.

Die bisher entwickelten Resultate erleiden auch Anwendung auf die Personalservituten, soweit dieselben unteilbar sind, wie usus, habitatio, operae servorum.

Derjenige, welcher mit einem andern im Miteigentumsverhältnis steht, kann demzufolge keinen usus erwerben weder am ganzen Miteigentumsgrundstück noch auch am intellectuellen Anteile seines Genossen.

Denn die Befugnisse, die der usus gewähren würde, sind sämtlich und noch umfassender im Miteigentum enthalten. Der Miteigentümer als Usuar würde mithin die Befugnis, die er als condominus hat, nochmals als Usuar erwerben. Wegen der Unteilbarkeit des usus[1])

[1]) Ueber die Unteilbarkeit des usus s. l. 19 D. de usu et hab. 7, 8 usus pars legari non potest. Schönemann a. a. O., § 22, S. 76. Wächter, im Archiv für die civ. Praxis, XXVII,

kann derselbe ferner nicht in einem ideellen Anteil der Gemeinschaftssache bestehen, er müsste diese ganz umfassen, alsdann aber geriete der Miteigentümer als Usuar in Conflict mit der Regel: nulli res sua servit. War der usus älter als das Miteigentum, fällt der Gegenstand des usus erst später ins Miteigentum, welches zwischen dem Usuar und dem Alleineigentümer des dem usus dienenden Gegenstandes entsteht, so dauert der usus fort; denn er kann nicht pro parte mittels Confusion erlöschen, auch wenn der Usuar sich selbst als gleichzeitiger Miteigentümer den usus gestatten muss; denn der usus ist unteilbar, er dauert deshalb hier auf dem ganzen Gegenstande fort.

Auch die Regel nulli res sua servit steht dem Usuar nicht entgegen, wenn sein usus älter ist als sein Miteigentum; denn der Miteigentumsgegenstand, soweit er dem usus dient, wird als ein fremder, dem anderen Miteigentumsgenossen gehöriger betrachtet. Letzterer nimmt an dem usus nicht teil, er kann ihn nicht etwa in solidum neben dem Usuar ausüben; denn als ein höchst persönliches Recht ist der usus nicht übertragbar.

Anders ist der Erwerb des Ususfructus seitens eines Miteigentümers am gemeinschaftlichen Grundstück zu beurteilen. Dies rührt wesentlich daher, dass der Niessbrauch nach l. 5, D. de usufr. 7, 1 unbestritten teilbar ist.[1])

Allerdings ist auch er ein ius in re aliena, und seine Wirkungen erstrecken sich auf die Substanz der beniessbrauchten Sache.

S. 186 ff. Rümelin a. a. O., S 424. Die Ausübung des usus kann nicht zum Teil erfolgen und dies erteilt dem Recht selbst die Eigenschaft der Unteilbarkeit.

[1]) Schönemann a a. O., § 22, S. 74 f. Freys a. a. O., S. 14 f. Mertens a. a. O., S. 30 ff. Elvers a. a. O., § 27, S. 250.

Allein diese Wirkungen machen doch im ganzen nur den eigentlichen Inhalt des Niessbrauchsrechts aus. Dieser besteht vielmehr in dem wirtschaftlichen Ertrage des Rechts, nämlich den Früchten.[1])

Diese sind teilbar. Das Niessbrauchsrecht erzeugt durch seine Ausübung eine Quantität, und es wird deshalb das Recht selbst als teilbar betrachtet. Darum ist der Niessbrauch, der mehreren pro parte indivisa zusteht, ein geteiltes Recht; denn der Inhalt des Niessbrauchs, dem Berechtigten den Fruchtgenuss zu verschaffen, bleibt bei jedem der mehreren Berechtigten gleich und identisch, nur der Umfang, in welchem dies Recht ausgeübt werden soll, verkleinert sich durch die Konkurrenz mehrerer Berechtigter, ohne dass dadurch die Beschaffenheit des Rechts geändert wird.

Was man als Teilung des Niessbrauchsrechts bezeichnet, ist Teilung des Nutzens.

Das Recht selbst ist beim ususfructus, wenn mehrere Personen einen solchen haben,[2]) nicht geteilt.[3]) Sie sind vielmehr ganz wie beim Miteigentum, ein jeder Inhaber des ganzen Rechts, nur beschränkt auf eine gleiche oder ungleiche Niessbrauchsquote.[4])

Die Früchte selbst gehören mehreren Niessbrauchern

---

[1]) Bechmann, Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus. S. 98, Nürnberg 1861.

[2]) Nicht ein Ususfructus, sondern mehrere Niessbrauchsrechte mit verschiedenen Gegenständen sind in Frage, wenn A. und B. ein Grundstück zu Miteigentum haben und es bestellt nun A. an seiner ideellen Eigentumshälfte dem C. und B. an der seinigen dem D. einen Niessbrauch. Hier sind zwei Niessbrauchsrechte errichtet, die selbstständig zu einander sind, beide Niessbrauche stehen in keiner Communio, sie sind nicht correi eines und desselben Niessbrauchs.

[3]) Windscheid, Lehrbuch, § 205.

[4]) Schönemann a. a. O., § 22, S. 78.

zu ideellen Anteilen, es sind nicht etwa ipso iure reelle Teile entsprechend der Grösse der Rechtsquote gegeben.

Da ein Niessbrauch auch an unkörperlichen Dingen möglich ist, so kann er auch an einer Eigentumsquote bestehen.

Die Teilbarkeit eines Ususfructus versteht sich nicht so, dass der Usufructuar von seiner Servitut ideelle Teile abzweigen und sie auf andere Personen als Niessbraucher übertragen könnte.[1])

Dem stände der Grundsatz der Unübertragbarkeit der Personalservituten entgegen.

Dass das Niessbrauchsrecht in seiner Substanz ungeteilt ist und nur die Früchte Gegenstand der Geteiltheit sind, folgt daraus, dass ein Usufructuar Niessbraucher pro parte sein kann, ohne einen Mitusufructuar zu haben, wenn nämlich der Proprietar den nach Abzug der Niessbrauchsquote des Ususfructus verbleibenden Rest der Nutzungen kraft seines Eigentumsrechts selbst benutzt. Der Proprietar kann auch mehrere Quoten eines Ususfructus einrichten, dadurch, dass er den Ususfructus an mehrere Fruktuare vergiebt. Hier hat jeder das

[1]) Nur der Proprietar, nicht der Niessbraucher, kann einen Niessbrauch bestellen. Es würde gegen die Regel servitus servitutis esse non potest verstossen, wenn der Fructuar seinen Niessbrauch teilen und eine Quote abveräussern wollte. Modalitäten der Teilung oder Geteiltheit des Ususfructs sind folgende:

a) Mehrere sind Fructuare an der Sache pro partibus indivisis, also jeder hat den Niessbrauch an der ganzen Sache, nur beschränkt durch das Quotenrecht der Mitniessbraucher.

b) Der Proprietar bestellt einen Niessbrauch an einer Quote des Eigentums, d. h. an einem ideellen Eigentumsanteil, den er bestimmt.

c) Ein Miteigentümer bestellt einem Andern an seinem ideellen Miteigentumsanteil den Niessbrauch.

Vergl. Elvers a. a. O. § 55. Schönemann a. a. O. § 22 S. 74.

ganze Recht des Ususfructus correaliter, nur dass er in der Ausübung des Rechts, den Fruchtbezug durch das Recht seiner Mitfructuare beschränkt und auf seine Quote reduziert ist. Auch der geteilte Niessbrauch umfasst die ganze Sache, aber diese dient dann pro parte indivisa.

Wie der Niessbrauch pro parte erworben werden kann, so ist auch sein Untergang pro parte möglich namentlich durch den Tod des einen der mehreren Mitfructuare, durch Remission, non usus.

Aus vorstehenden Grundsätzen ergiebt sich die Bejahung der Themafrage, wenn es sich um den Erwerb eines Ususfructs des Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache z. B. einem Grundstück handelt. Der eine Miteigentümer kann — zwar nicht zu Gunsten seines ideellen Miteigentums, aber doch — für seine Person einen Niessbrauch an dem gemeinschaftlichen Grundstück dadurch erwerben, dass sein Communionsgenosse ihm den Niessbrauch einräumt. Der Genosse kann aber einen Niessbrauch nur an seiner ideellen Grundstückshälfte bestellen; denn über die andere Hälfte hat er keine Gewalt und Verfügung. So ist dieser Niessbrauch gleich anfangs als Teilniessbrauch bestellt, indem der niessbrauchende Miteigentümer die eine Hälfte des Grundstücks als Miteigentümer, die andere als Niessbraucher nutzt. Er hat damit den halben Niessbrauch des Grundstücks oder, was dasselbe ist, die (ideelle) Hälfte des Grundstücks zu Niessbrauch. Vermöge seines Miteigentumsrechts nutzt er die andere Hälfte und beschränkt sich so selbst in seiner Eigenschaft als Niessbraucher.

Der Satz nulli res sua servit schliesst den Erwerb eines Niessbrauchs durch den einen Miteigentümer am ideellen Anteil seines condominus nicht aus. Denn

wegen der Beschränkung des Niessbrauchs auf die eine ideelle Eigentumshälfte liegt es garnicht vor, dass die andere Hälfte, die der Niessbraucher als gleichzeitiger Miteigentümer nutzt, ihm servitutisch dienstbar sei.

Man kann auch nicht deducieren, der vom Miteigentümer seinem Partner eingeräumte Niessbrauch erfasse das ganze Miteigentumsgrundstück und jeden Punkt desselben, und, da dem Niessbraucher als Miteigentümer ebenfalls das Miteigentumsgrundstück ganz und in jedem Punkt gehöre, so geschehe es, dass der Niessbraucher einen Niessbrauch mit an seiner eigenen Eigentumshälfte habe, was nicht statthaft sei.

Diese Auffassung ist eine unzutreffende. Denn einmal ist der vom Miteigentümer dem andern Miteigentümer bestellte Niessbrauch gleich anfangs geteilt. Der Niessbrauch erstreckt sich also nicht auf die ideelle Eigentumshälfte des ihn erwerbenden Miteigentümers. Sodann ist aber das Miteigentumsgrundstück, wenn es auch ganz dem Niessbrauch dient, deshalb für den den Niessbrauch übenden Miteigentümer eine fremde Sache, weil er kraft seines Niessbrauchsrechts nur die ihn sonst nichts angehende Hälfte seines Miteigentumsgenossen nutzt, welcher letztere ja auch fortwährend die Proprietät seines zu Niessbrauch ausgegebenen ideellen Miteigentumsanteils behält.

Wenn der Niessbraucher dasselbe Miteigentum des seinem Niessbrauch dienenden Grundstücks später erwirbt, so erlischt der Niessbrauch zur Hälfte; denn insoweit steht der Niessbraucher sich selbst als Berechtigter und Schuldner des Niessbrauchs gegenüber; er hätte sich selbst den Niessbrauch zu leisten.

An die Stelle des zur Hälfte erloschenen Niessbrauchs tritt aber das halbe Miteigentum, so dass der zum Miteigentümer gewordene Niessbraucher die eine

Hälfte als Niessbraucher, die andere Hälfte als Miteigentümer nutzt.

Er hat dann den halben Niessbrauch oder den Niessbrauch des Grundstücks zur Hälfte, ohne dass ein Mitniessbraucher vorhanden wäre, der die andere Hälfte niessbrauchte.

§ 7. Schluss.

Das bürgerliche Gesetzbuch im Verhältnis zum Thema.

Das B. G. B. schneidet die vorstehend behandelten Controversen ab.

Der § 1009 Abs. I bestimmt: „Die gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigentümers belastet werden.“ Hieraus folgt, dass der Miteigentümer an der gemeinsamen Sache eine Servitut (Personalservitut) haben kann.

Aber auch im Absatz 2 des § 1009 nimmt das Gesetz an der Miteigentümerqualität bei Errichtung einer Servitut (Prädialservitut) keinen Anstoss, insofern einerseits zu Gunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks das Grundstück des Miteigentümers, andererseits aber auch das Gemeinschaftsgrundstück zu Gunsten des Miteigentümers belastet werden kann: es bejaht somit auch in diesem Fall die Themafrage.

Litteratur.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. Stuttgart 1837.

Arndts: In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. III.

Bechmann: Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus. Nürnberg 1861.

Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts, II. Leipzig 1855.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, I. 2. Aufl. Erlangen 1873.

Buchholz: Versuche über verschiedene Rechsmaterien. Lübeck 1808.

Büchel: Civilrechtliche Erörterungen über jura in re und deren Verpfändung, I. Marburg 1834.

Büff: Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. III. Darmstadt und Leipzig 1866.

David: Ueber die Unteilbarkeit der Servituten. Inauguraldissertation. Tübingen 1887.

Dernburg: Pandekten I. 4. Aufl. Berlin 1894.

Donetti: Commentationes de jure civili, IX. Norimbergae 1612.

Duroi: Im Archiv für die civilistische Praxis, VI.

Eisele: Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 63. Tübingen und Leipzig 1879.

Elvers: Römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Förster — Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, III. 5. Aufl. Berlin 1887.

Freys: Unteilbarkeit der Servituten. Regensburg 1888.

Friedmann: Die Wirkungen der confusio nach röm. Recht. Inauguraldissertation. Berlin 1884.

Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 1. Abtl. des VI. Teils. Greifswald 1837.

Girtamer: De dividua quae est praediorum servitutibus natura. Heidelberg 1847.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, IX und X.

Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, I. Göttingen 1838.

Guyet: Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. Heidelberg 1829.

Hartmann: In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, XVII N. F. Bd. 5.

Heinzelmann: Die Unteilbarkeit der Servituten. Inauguraldissertation. Nördlingen ohne Jahreszahl.

Hesse: Im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, IV. Darmstadt und Leipzig 1867.

Hoffmann: Die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838.

Ihering: In seinen Jahrbüchern für Dogmatik u. s. w, X.

Luden: Die Lehre von den Servituten. Gotha 1837.

Matthiae: Controversenlexikon des röm. Civilrechts. Leipzig 1856.

Mertens: Welche Unterschiede bestehen zwischen Niessbrauch, der Mehreren pro parte indivisa zusteht, und Miteigentum? Inauguraldissertation. Cleve 1892.

Muther: In fr. VI comm. praed. commentatio. Erlangen 1858.

Puchta: Pandekten. 10. Aufl. Leipzig 1866.

Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht, I. 4. Aufl. Leipzig 1854.

Puchta: Im rheinischen Museum, I.

v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 6. Aufl. Giessen 1837.

Schäfer: Beiträge zum Nachbarrecht im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, II. Marburg und Leipzig 1854.

Schneider: In Sells Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rechts, I. Braunschweig 1841.

Schönemann: Die Servituten. Leipzig 1866.

Schrader: Abhandlungen aus dem Civilrecht. Hannover 1808.

Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, VI. N. F. VIII., XI., XIII., XVI., XVII., XX., XXVI.

Sintenis: Das prakt. gemeine Civilrecht, I. 2. Auflage. Leipzig 1860.

Thibaut: System des Pandektenrechts, II. 8. Aufl. Jena 1834.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, I. 7. Aufl. Marburg 1863.

Wächter: Pandekten, II. 1881.

Wächter: Ueber Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte im Archiv für die civilistische Praxis, XXVII. Heidelberg 1844.

Warnkönig: In der Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht 1838.

Weiske: Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, X. Leipzig 1855.

Westpfahl: Interpretationes juris civilis de libertate et servitutibus praediorium. Leipziae 1795.

Zimmermann: Teilung gemeinschaftlicher Gebäude im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, N. F. VIII. Darmstadt und Leipzig 1871.

Zimmermann: Ueber den Umfang der actio negatoria im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, II. Marburg und Leipzig 1854.